

Bruksreguleringer som importrestriksjon

En studie av EF-domstolens avgjørelser i
sak C-110/05 *Mopedsaken* og sak C-142/05 *Vannscootersaken*



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 228
Leveringsfrist: 15.01.2009

Til sammen 37 642 ord

15.01.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Temaet for oppgaven	1
1.2	Materiale og metode	4
1.3	Oppgavens inndeling	4
<u>DEL I</u>		<u>6</u>
<u>2</u>	<u>FORMÅLET MED EF-TRAKTATEN OG HENSYN BAK REGLENE OM FRI FLYT AV VARER</u>	<u>7</u>
2.1	Innledning	7
2.2	Etablering av et indre marked	7
2.3	Reglenes anvendelsesområde	8
2.4	Kravet om et grenseoverskridende element	9
2.5	Hensyn for og imot et vidt restriksjonsbegrep	10
2.5.1	Innledning	10
2.5.2	Kompetansedeling og etablering av et indre marked	10
2.5.3	Forutberegnelighet	11
2.5.4	Ensartethet og prosessøkonomiske hensyn	12
2.5.5	Forholdet til unntaksadgangen	13
<u>3</u>	<u>KORT GJENNOMGANG AV HOVEDLINJENE I RETTSPRAKSIS – RESTRIKSJONSBEGREPET OG UNNTAKSADGANGEN</u>	<u>15</u>
3.1	Innledning	15

3.2	Artikkel 28 i rettspraksis	15
3.3	Unntaksadgangen	17
<u>DEL II</u>		<u>20</u>
<u>4</u>	<u>BRUKSREGULERINGER</u>	<u>21</u>
4.1	Bruksreguleringer – type nasjonalt tiltak	21
4.1.1	Innledning	21
4.1.2	Type nasjonal regulering	21
4.2	Tidligere behandling av bruksreguleringer	26
4.2.1	Innledning	26
4.2.2	Behandling av bruksreguleringer i eldre rettspraksis	26
4.2.3	Behandling i teorien	32
4.2.4	Vurdering og konklusjon	33
<u>5</u>	<u>DEBATTEN OM BRUKSREGULERINGER</u>	<u>35</u>
5.1	Innledning	35
5.2	Kort om EF-domstolens resultat i Moped- og Vannscooteravgjørelsene	35
5.3	Generaladvokat Légers uttalelse i Mopedsaken – runde 1	36
5.4	Generaladvokat Kokotts uttalelse i Vannscootersaken	37
5.5	Generaladvokat Bots uttalelse i Mopedsaken – runde 2	42
5.6	Sammenligning av uttalelsene til Generaladvokat Bot og Generaladvokat Kokott	46
5.6.1	Innledning	46
5.6.2	Sammenligning	46
5.7	Kort om medlemslandenes standpunkter	48
<u>6</u>	<u>EF-DOMSTOLENS AVGJØRELSE I MOPED- OG VANNSCOOTERSAKENE</u>	<u>49</u>

6.1	Innledning	49
6.2	Kort om traktatbruddssaker og forhåndsuttalelser	49
6.3	EF-domstolens avgjørelse i Mopedsaken	51
6.4	EF-domstolens avgjørelse i Vannscootersaken	56
<u>7</u>	<u>BRUKSFORBUD – ALLTID IMPORTRESTRIKSJON</u>	<u>59</u>
7.1	Innledning	59
7.2	Bruksforbud	59
<u>8</u>	<u>BRUKSBEGRENSNINGER – HINDRING AV MARKEDSADGANGEN</u>	<u>63</u>
8.1	Innledning	63
8.2	Hva ligger i begrepet markedsadgang?	64
8.3	Restriksjonsbegrepet i Moped- og Vannscootersakene	66
8.3.1	Innledning	66
8.3.2	Tolkningsalternativ 1: utelukker formelt eller reelt import	66
8.3.3	Tolkningsalternativ 2: betydelig ulempe for import	71
8.4	Vurdering og konklusjon	74
<u>9</u>	<u>MARKEDSADGANG SOM VURDERINGSTEMA FOR BRUKSREGULERINGER</u>	<u>77</u>
9.1	Innledning	77
9.2	Tilnærmet bruksforbud – hva da?	78
9.2.1	Markedsaktørens synsvinkel	78
9.2.2	Tilnærmet bruksforbud	79
9.3	Geografisk kontekst	81

9.4	Lokale bruksforbud	83
9.5	Gjennomgang av typereguleringer	85
9.5.1	Innledning	85
9.5.2	Regulering av <i>hvordan</i> et produkt kan brukes	85
9.5.3	Regulering av <i>hvor</i> et produkt kan brukes	88
9.5.4	Regulering av <i>hvem</i> som kan bruke et produkt	89
9.5.5	Regulering av <i>når</i> et produkt kan brukes	90
9.6	Bruksforbud og dispensasjonsordninger	92
<u>10</u>	<u>BRUKSREGULERINGER OG BAGATELLUNNTAK</u>	<u>94</u>
10.1	Innledning	94
10.2	Bagatellunntak	94
10.2.1	Bagatellunntak innenfor konkurranseretten	94
10.2.2	Bagatellunntak på varerettens område	95
10.2.3	Står den tradisjonelle læren på vareområdet for fall?	97
10.2.4	Etablerer Vannscooteravgjørelsen et bagatellunntak?	98
10.3	Oppsummering	100
<u>11</u>	<u>BRUKSREGULERINGER OG ADEKVANSPRINSIPPET</u>	<u>101</u>
11.1	Innledning	101
11.2	Hva er adekvansprinsippet?	101
11.3	Bruksreguleringer og adekvansprinsippet	107
11.4	Oppsummering	108
<u>12</u>	<u>BEVIS FOR RESTRIKSJON</u>	<u>109</u>
12.1	Innledning	109

12.2	Bevis	109
<u>DEL III</u>		<u>112</u>
<u>13</u>	<u>ENDRER MOPED- OG VANNSCOOTERSAKENE ETABLERTE DOKTRINER?</u>	<u>113</u>
13.1	Innledning	113
13.2	Keck-doktrinen	113
13.2.1	Hva er Keck-doktrinen	113
13.2.2	Betydningen av Moped- og Vannscootersakene	116
13.3	Dassonville-formelen	128
13.4	Oppsummering	130
<u>14</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>132</u>
<u>KILDELISTE</u>		<u>1</u>

1 Innledning

1.1 Temaet for oppgaven

Temaet for oppgaven er hvorvidt bruksreguleringer utgjør en importrestriksjon etter EF-traktaten¹ artikkel 28.² Med bruksreguleringer forstås reguleringer som *forbyr* bruken av et produkt eller som nærmere *begrenser* hvor, hvordan, når eller av hvem et produkt kan brukes. Artikkel 28 forbyr kvantitative importrestriksjoner og tiltak med tilsvarende virkning.³ Kvantitative importrestriksjoner vil si importkvoter eller importforbud.⁴ Problemstillingen er dermed om bruksreguleringer utgjør et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon. I to saker avgjort av EF-domstolen i 2009, *Mopedsaken* og *Vannscootersaken*, kom spørsmål på spissen.⁵ Disse avgjørelsene, og debatten i forkant, utgjør utgangspunktet for denne avhandlingen.

Reglene om fri bevegelighet av varer er en av hjørnesteinene i etableringen av det indre markedet i EU. Etableringen av et slikt marked forutsetter at hindringer for fri bevegelighet av varer, tjenester, personer og kapital fjernes. Kvantitative import- og eksportrestriksjoner og tiltak med tilsvarende virkning er derfor forbudt.⁶ Det er ”tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon” som i dag er utfordringen for samhandelen. Hva som nærmere ligger i begrepet har vært adskillig diskutert. Debatten er om begrepet kun gir uttrykk for en diskriminerings-test, eller om det er et restriksjonsbegrep uavhengig

¹ Betegnelse etter Lisboa-traktatens ikrafttredelse 1. desember 2009 vil ikke benyttes i denne avhandlingen. Artikkel 28 i EF-traktaten er identisk med artikkel 34 i traktaten om funksjonen av den europeiske union.

² EØS-avtalen artikkel 11 er likelydende. Bruksreguleringer skal altså behandles likt i EU og EØS. Ved fastleggningen av innholdet i artikkel 11 skal praksis fra EF-domstolen tas i betraktning, jf. EØS-avtalen artikkel 6 og ODA-avtalen artikkel 3. EF-traktaten artikkel 28 og EØS-avtalen artikkel 11 har imidlertid ikke fullstendig sammenfallende anvendelsesområde. Det er nærmere redegjort for denne forskjellen i kapittel 2.3. For øvrig vil det for enkelthets skyld bare bli vist til EF-traktaten artikkel 28 i denne avhandlingen.

³ For enkelthets skyld vil jeg benytte begrepet ”importrestriksjon”.

⁴ Sak 2/73 *Geddo* premiss 7.

⁵ Sak C-110/05 og sak C-142/05, heretter benevnt henholdsvis *Mopedsaken* og *Vannscootersaken*.

⁶ EF-traktaten artikkel 28 og 29.

av diskriminering. Det er også diskusjon om hvor vidt et slikt restriksjonsbegrep eventuelt skal være.

Det har vært en grunnleggende utfordring å utarbeide et vurderingstema som på den ene siden er tilstrekkelig klart til å fange opp tiltak som hindrer samhandelen, samtidig som vurderingstemaet på den annen side ivaretar kompetansedelingen mellom EU og nasjonale myndigheter.

EF-domstolen spiller en sentral rolle ved fastleggelsen av innholdet i artikkel 28. Etter *Dassonville* kunne i realiteten ethvert nasjonalt tiltak utgjøre en importrestriksjon.⁷ I *Keck* tok EF-domstolen imidlertid et skritt tilbake slik at visse salgsreguleringer ikke utgjør en importrestriksjon, med mindre reguleringene påvirker omsetningen av innenlandske og utenlandske varer forskjellig, rettslig eller faktisk.⁸ Rekkevidden av artikkel 28 ble igjen et tema da EF-domstolen ble forelagt spørsmålet om bruksreguleringer utgjør en importrestriksjon i *Moped- og Vannscootersakene*.⁹ Spørsmålet ble ansett å ha prinsipiell betydning, og *Mopedsaken* ble besluttet avgjort av EF-domstolen i storkammer. Domstolen brukte 4 år på behandlingen av disse avgjørelsene. Tidsbruken gjør det nærliggende å anta at spørsmålet om bruksreguleringer utgjør en importrestriksjon, herunder rekkevidden av artikkel 28, har vært gjenstand for adskillig diskusjon.

I *Moped- og Vannscooteravgjørelsene* uttalte EF-domstolen at importrestriksjoner er tiltak som behandler varer fra andre medlemsstater mindre fordelaktig, produktkrav og alle andre tiltak som hindrer markedsadgangen til produkter fra andre medlemsstater.¹⁰ Ikke-diskriminerende bruksreguleringer er dermed importrestriksjoner i den utstrekning de

⁷ Sak 8/74.

⁸ Sak C-267- og 268/91.

⁹ Spørsmålet om begrensninger for bruk av vannscooter har også vært oppe for norske domstoler, se kapittel 2.3. Allerede i januar 2003 rettet ESA forespørsel til Norge om de norske vannscooterreglene. Etter avgjørelsen i *Vannscootersaken* har også ESA sendt Norge et supplerende åpningsbrev mottatt av Miljøverndepartementet 15. juli 2009. ESA hevder her at de norske vannscooterreglene er i strid med EØS-avtalen artikkel 11. Miljøverndepartementet tilbakeviser denne påstanden i sitt brev til ESA av 15. oktober 2009.

¹⁰ I avhandlingen er også det snevrere begrepet ”regulering” benyttet i tillegg til ”tiltak”.

hindrer produktets markedsadgang. Hva begrepet ”hindring av markedsadgangen” innebærer er usikkert. Som jeg vil vise er det mest naturlig å forstå begrepet slik at bruksreguleringer som i praksis utelukker import av varer fra andre medlemsland er å anse som en importrestriksjon. En slik forståelse vil gi restriksjonsbegrepet i *Moped- og Vannscootersakene* klarere grenser, og opprettholde en rimelig balanse mellom EU og nasjonale myndigheter.

Også på andre punkter er EF-domstolens uttalelser uklare. Derfor kan det fremdeles være vanskelig å si hva som er rettstilstanden de lege lata. Et særlig spørsmål gjelder bruksreguleringer som er geografisk avgrenset. Skal slike lokale eller regionale bruksforbud behandles på samme måte som nasjonale bruksforbud? Det reiser også spørsmål i relasjon til læren om at det for artikkel 28 ikke gjøres unntak for importrestriksjoner av bagatellmessig betydning.

Betydningen av adekvansprinsippet etter avgjørelsene i *Moped- og Vannscootersakene* er også av interesse. Hva som nærmere ligger i prinsippet er uklart. Jeg vil vise at adekvansprinsippet ikke vil ha noen selvstendig betydning etter avgjørelsene i *Moped- og Vannscootersakene*.

EF-domstolens uttalelser i *Moped- og Vannscootersakene* reiser også spørsmål om etablerte doktriner – *Dassonville*-formelen og *Keck*-doktrinen – endres. Svaret beror på hvordan man tolker *Moped- og Vannscootersakene*. Etter min mening endres ikke *Keck*-doktrinen ved EF-domstolens uttalelser i *Moped- og Vannscootersakene*. Uttalelsene presiserer imidlertid hvordan doktrinen er å forstå og medfører at dens underliggende prinsipper får generell anvendelse. Vurderingstemaet som følger av *Moped- og Vannscootersakene* innebærer dermed at *Keck*-doktrinen i seg selv er overflødig. Det kan hevdes at den tradisjonelle forståelsen av *Dassonville*-formelen for lengst er forlatt. I tråd med at innholdet av artikkel 28 presiseres i *Moped- og Vannscootersakene*, modifiseres også forståelsen av *Dassonville*-formelen.

1.2 Materiale og metode

De viktigste kildene for tolkningen av artikkel 28 er EF-domstolens avgjørelser og generaladvokatuttalelser. Begge er primærkilder på området for fri flyt av varer.

Avgjørelser fra EFTA-domstolen om EØS-avtalen artikkel 11 er også relevante kilder.

EF-domstolens avgjørelser kommer på 23 språk. Alle språkversjoner er formelt gyldige.¹¹ I avhandlingen vises det til den engelske versjonen av avgjørelsene.

EF-domstolens avgjørelser er kollegiale avgjørelser, uten dissenser. Både forhandlinger og avstemninger er hemmelige.¹² Generaladvokatuttalelsen i saken kan derfor være veiledende for hvordan EF-domstolens avgjørelse er å forstå.¹³ Generaladvokatuttalelsen er en uavhengig uttalelse om hvordan saken forelagt EF-domstolen bør løses. Uttalelsen er ikke bindende for domstolen.

Det er beskjedent med norsk juridisk litteratur om de fire friheter. Tilfanget av utenlandsk litteratur er derimot overveldende. Jeg har hovedsakelig forholdt meg til engelsk litteratur – til det som anses som sentrale artikler på området, i tillegg til videre henvisninger fra disse. Dessuten har nyere litteratur naturligvis vært av særlig interesse.

1.3 Oppgavens inndeling

Del I gir en kort redegjørelse for reglene om fri bevegelighet av varer. I kapittel 2 gjøres det rede for formålet med EF-traktaten artikkel 28, bestemmelsens anvendelsesområde innenfor EF-traktaten og EØS-avtalen, og hensynene for og mot et vidt restriksjonsbegrep. I kapittel 3 gjennomgås hovedlinjene i rettspraksis frem til *Moped- og Vannscooteravgjørelsene*, i tillegg til at det redegjøres kort for adgangen for medlemsstatene til å begrunne importrestriksjoner.

¹¹ EF-domstolens prosessregler artikkel 31.

¹² EF-domstolens statutter artikkel 35 og prosessregler artikkel 27.

¹³ Generaladvokatuttalelser fra andre saker kan også være av betydning. *Keck* synes eksempelvis å bygge på Generaladvokat *Tesauros* forslag til avgjørelse i C-292/92 *Hünernmund*.

Del II omhandler bruksreguleringer og EF-domstolens behandling av disse. I kapittel 4 gis det en grundig redegjørelse for hva slags reguleringer som utgjør bruksreguleringer, i tillegg til den tidligere EF-rettslige behandlingen av slike. Debatten i forkant av avgjørelsene i *Moped-* og *Vannscootersakene* fremgår av kapittel 5. I kapittel 6, 7 og 8 er avgjørelsene analysert. Kapittel 9 redegjør for vurderingen av om bruksbegrensninger hindrer markedsadgangen, og hvilke momenter som inngår i en slik vurdering. Spørsmålet om *Moped-* og *Vannscootersakene* etablerer et bagatellunntak er behandlet i kapittel 10. Forholdet mellom avgjørelsene og adekvansprinsippet fremgår av kapittel 11. Del II avsluttes med et kapittel om bevis for importrestriksjon.

Del III drøfter problemstillingen om *Moped-* og *Vannscootersakene* endrer etablerte doktriner, henholdsvis *Keck*-doktrinen og *Dassonville*-formelen.

DEL I

FRI BEVEGELIGHET AV VARER

2 Formålet med EF-traktaten og hensyn bak reglene om fri flyt av varer

2.1 Innledning

Siktemålet med dette kapittelet er å gi en ramme for avhandlingens hoveddel – hvorvidt bruksreguleringer utgjør en importrestriksjon etter EF-traktaten artikkel 28. Først gis en kort redegjørelse for formålet med EU og det indre markedet. Derneft redegjøres det for anvendelsesområdet til så vel EF-traktaten artikkel 28 som EØS-avtalen artikkel 11. Til slutt gis en oversikt over de hensyn som gjør seg gjeldende ved fastleggelsen av innholdet i artikkel 28.

2.2 Etablering av et indre marked

Etter EF-traktaten artikkel 2 skal det europeiske fellesskap ha til oppgave å fremme en:

”harmonisk, likevektig og bærekraftig utvikling av økonomisk virksomhet i Fellesskapet som helhet, et høyt nivå for sysselsetting og sosial trygghet, likestilling mellom kvinner og menn, en bærekraftig og ikke-inflasjonsdrivende vekst, en høy grad av konkurranseevne og tilnærming mellom økonomiske resultater, et høyt nivå for miljøvern og bedring av miljøkvaliteten, en høyning av levestandarden og livskvaliteten, og økonomisk og sosial utjevning og solidaritet mellom medlemsstatene”.¹⁴

Disse målene skal blant annet nås gjennom etablering av et indre marked.¹⁵ Tankegangen er at et enhetlig marked skaper effektiv ressursbruk, som igjen resulterer i økt økonomisk velstand.¹⁶ For å skape et indre marked må hindringer statene mellom fjernes. Det kan for det første skje gjennom positiv integrasjon. Det vil si harmonisering av medlemslandenes lovgivning. For det andre kan det oppnås gjennom negativ integrasjon, som innebærer forbud mot regler som hindrer økonomisk integrasjon. Artikkel 28, som forbyr kvantitative

¹⁴ Uoffisiell norsk oversettelse.

¹⁵ Opprinnelig var målet i følge artikkel 2 å etablere et felles marked (”common market”). Etableringen av et felles marked viste seg imidlertid å være problematisk. Målet ble dermed å etablere et indre marked, jf. artikkel 3 nr. 1 bokstav c. Det indre markedet kan beskrives som en avgrenset del av et fellesmarked, jf. *Lenaerts/Van Nuffel (2005)* side 143.

¹⁶ *Sejersted i EØS-rett (2004)* side 58.

importrestriksjoner og tiltak med tilsvarende virkning, er et eksempel på negativ integrasjon.¹⁷

Reglene om fri bevegelighet av varer er utvilsomt en av hjørnesteinene for etableringen av det indre markedet – og dermed også for å realisere målene med det europeiske fellesskapet.

2.3 Reglenes anvendelsesområde

Det er en viss forskjell på anvendelsesområdet til EF-traktaten og EØS-avtalen.¹⁸ EU er en tollunion. Det innebærer at EU har felles tollsatser for varer som importeres fra land utenfor EU, og felles handelspolitikk overfor disse landene. EØS-samarbeidet utgjør ikke en slik tollunion, men regulerer kun handelen mellom medlemsstatene. Det har betydning blant annet for i hvilken situasjon reglene om fritt varebytte skal gjelde – og dermed i hvilken utstrekning norsk lovgivning må forholde seg til EØS-retten.

Det følger av EF-traktaten artikkel 23 nr. 2 at reglene for det frie varebytte ikke bare gjelder for varer fra medlemslandene, men også varer fra tredjeland som er satt i fri sirkulasjon i medlemslandene. En tredjelandsvare er satt i fri omsetning i et medlemsland når produktet er formelt importert til og tollklarert i et medlemsland.¹⁹

EØS-avtalens regler om fritt varebytte har et snevrere anvendelsesområde. Utgangspunktet er at hovedprinsippene i EØS-avtalen artikkel 10-15 bare får anvendelse på varer med opprinnelse i et EØS-land.²⁰ Hvorvidt en vare har ”opprinnelse” i et EØS-land er regulert i EØS-avtalen protokoll 4. Det faller utenfor denne fremstillingen å omtale de omfattende og

¹⁷ Reglene om det frie varebytte får ikke bare anvendelse på nasjonale tiltak, men også på tiltak som EU iverksetter, jf. de forente sakene C-427/93, C-429/93 og 436/93 *Bristol-Myers* premiss 36.

¹⁸ Uforedlde fiskeri- og landsbruksprodukter faller utenfor de alminnelige regler om fri bevegelighet, jf. EØS-avtalen 8 nr. 3.

¹⁹ EF-traktaten artikkel 24.

²⁰ EØS-avtalen artikkel 8 nr. 2. Denne hovedregelen gjelder med mindre annet er særskilt angitt. EØS-avtalen er likevel ikke uten betydning for handelen med tredjeland. Det er i hovedsak reglene om fri bevegelighet for varer som gjør unntak for tredjelandsvarer. For eksempel gjelder konkurransereglene uavhengig av varens opprinnelse, jf. *Rognstad i EØS-rett (2004)* side 254 og 284.

komplekse opprinnelsesreglene. Her er det tilstrekkelig å konstatere at dersom en vare ikke har opprinnelse i et EØS-land, kan bruksreguleringer av produktet ikke angripes på bakgrunn av reglene om fritt varebytte.

Opprinnelsesreglene var avgjørende i Rt. 2004 side 834, hvor to menn var tiltalt for overtredelse av småbåtloven. Saken for Høyesterett gjaldt forholdet mellom forbudet mot bruk av vannscooter i småbåtloven og EØS-avtalen artikkel 11. Høyesterett kom til at artikkel 11 ikke kom til anvendelse siden vannscooterne de tiltalte hadde benyttet var produsert utenfor EØS-området.

2.4 Kravet om et grenseoverskridende element

Det følger av ordlyden i artikkel 28 – ”importrestriksjon” – at bestemmelsen får anvendelse på grenseoverskridende aktiviteter. Dette er formulert som et krav om grenseoverskridende element: Det må være et produkt som har krysset en grense for at artikkel 28 får anvendelse. Tradisjonelt er kravet forstått slik at den aktuelle saken må gjelde varer importert fra en annen medlemsstat. Er det ikke tilfelle kommer ikke artikkel 28 til anvendelse. Hvorvidt kravet til et grenseoverskridende element fortsatt skal forstås på denne måten er usikkert. Etter EF-domstolens uttalelse i *Pistre*²¹ kan det synes som om artikkel 28 kommer til anvendelse dersom det nasjonale tiltaket potensielt kan ramme samhandelen, selv om faktum i den aktuelle saken ikke gjelder varer fra andre medlemsland.²² Hvor tiltaket utelukkende rammer rent internt, vil derimot ikke artikkel 28 komme til anvendelse.

²¹ De forente sakene C-321/94, C-322/94, C-323/94 og C-324/94 *Pistre*.

²² Slik *Tryfonidou* (2009) side 210 og tilsynelatende *Spaventa* (2000) side 1271. En nærmere redegjørelse for kravet og nyere praksis finnes hos *Tryfonidou* (2009).

2.5 Hensyn for og imot et vidt restriksjonsbegrep

2.5.1 Innledning

Restriksjonsbegrepet må fastlegges på bakgrunn av de hensyn som gjør seg gjeldende. Disse hensynene er delvis motstridende. En rimelig balanse mellom hensynene er ønskelig. En særlig konflikt står mellom hensynene til medlemsstatenes reguleringskompetanse og EUs ønske om et velfungerende indre marked.

2.5.2 Kompetansedeling og etablering av et indre marked

Fastleggelsen av restriksjonsbegrepet har vært karakterisert som et ”konstitusjonelt” spørsmål, i den forstand at det avgjør forholdet mellom EU og medlemsstatenes reguleringskompetanse.²³ Forholdet mellom et velfungerende indre marked og nasjonal reguleringskompetanse må balanseres.

Et velfungerende indre marked forutsetter at det ikke er noen hindringer i den frie bevegelse av varer, tjenester, personer og kapital. Dette tilsier at restriksjonsbegrepet må favne så vidt som mulig, for å sikre at det ikke finnes importhindringer.²⁴ *Dassonville*-formelen ivaretar i så måte dette hensynet ved å kunne favne nesten enhver nasjonal regulering.

Et vidt restriksjonsbegrep innskrenker den nasjonale reguleringskompetansen tilsvarende. Dette nødvendiggjør en videre unntaksadgang.²⁵ Enkelte argumenterer for et vidt restriksjonsbegrep nettopp ut fra den vide adgangen til å begrunne importrestriksjoner, i tillegg til en ”mildere” proporsjonalitetstest.²⁶ Begrunnelse av et større antall tiltak

²³ *Maduro (1994)* side 38 flg. og *Snell/Andenæs (2002)* side 82.

²⁴ Slik også *Gormley (2008)*b side 192.

²⁵ Det er også bakgrunnen for læren om allmenne hensyn, som supplerer unntaksadgangen i artikkel 30. Se kapittel 3.3.

²⁶ Slik Generaladvokat *Bot* i forslag til avgjørelse i *Mopedssaken* premiss 92 og 99, *Gormley (1989)* side 208 og tilsynelatende *Straetmans (2009)* side 105.

innebærer likevel en innskrenkning av nasjonale myndigheters reguleringskompetanse, idet de ikke vil stå helt fritt til å regulere.

Forholdet mellom nasjonal og overnasjonal reguleringskompetanse kan også vurderes i lys av begrepene sentralisering og desentralisering.²⁷ Sentralisering innebærer et system hvor EU i stor grad regulerer den økonomiske aktiviteten. Desentralisering på sin side innebærer at det meste av reguleringen av den økonomiske aktiviteten skjer på medlemsstatsnivå. En importrestriksjon er tilstrekkelig grunnlag for at EU kan gi harmoniserende lovgivning etter artikkel 95.²⁸ Jo videre restriksjonsbegrepet er, jo mer kompetanse legges til EU-organene, og tilsvarende kompetanse fratas medlemslandene. Et snevrere restriksjonsbegrep reduserer medlemslandenes kompetansetap.

I *Moped- og Vannscooteravgjørelsene* forsøkte EF-domstolen å ivareta kompetansedelingen mellom EU og nasjonale myndigheter ved å begrense restriksjonsbegrepet til å gjelde bruksreguleringer som hindrer markedsadgangen. Som jeg kommer tilbake til nedenfor, må dette forstås så snevert at kun bruksforbud og bruksbegrensninger som i praksis er bruksforbud hindrer markedsadgangen.

2.5.3 Forutberegnelighet

Forutberegnelighet er et viktig hensyn ved utformingen av restriksjonsbegrepet. Hensynet tilsier at vurderingstemaet for hva som utgjør en importrestriksjon utformes så klart og entydig som mulig. Vurderingstemaet bør ikke etterlate tvil om noe utgjør eller ikke utgjør en importrestriksjon.

²⁷ *Snell/Andenæs* (2002) side 82.

²⁸ Sak C-376/98 *Tobacco Advertising*. En importrestriksjon er imidlertid ikke en nødvendig betingelse for at EU har kompetanse etter artikkel 95, jf. *Snell/Andenæs* (2002) side 83. Slik også *Davies* (2005). Det påpekes imidlertid at subsidiaritetsprinsippet forutsetter at EU kun skal handle dersom en fellesskapsløsning anses bedre enn løsninger i det enkelte medlemsland, jf. artikkel 5.

Hensynet til forutberegnelighet ivaretas best ved en formalistisk tilnærming til artikkel 28.²⁹ En slik tilnærming kan imidlertid bli for snever. Tiltak som reelt hindrer samhandelen står i fare for å falle utenfor artikkel 28. Et vidt restriksjonsbegrep, som *Dassonville*-formelen, vil for så vidt også fremme forutberegnelighet ved at begrepet favner ethvert tiltak.

Vurderingstemaet benyttet i *Moped-* og *Vannscootersakene* – hindring av markedsadgangen – fremmer etter min syn i liten grad hensynene til klarhet og forutberegnelighet, siden det er ulike oppfatninger om hva som ligger i begrepet.³⁰ Hensynene til ensartethet og prosessøkonomi ivaretas da heller ikke.

2.5.4 Ensartethet og prosessøkonomiske hensyn

Fastleggelsen av restriksjonsbegrepets innhold må også ivareta hensynene til ensartethet og prosessøkonomi.

Hver medlemsstat har et eget domstolssystem som anvender EF-retten.

En forutsetning for et velfungerende indre marked er at de underliggende rettsreglene blir anvendt på samme måte overalt i fellesskapet. Et tiltak må utgjøre en importrestriksjon uavhengig av hvor den finner sted. Ensartet praksis forutsetter et klart og utvetydig vurderingstema. Hensynene til forutberegnelighet og ensartethet henger derfor nøye sammen.

Disse hensynene henger også sammen med prosessøkonomiske hensyn. En uklar regel vil fort medføre at mange ønsker å få klarlagt regelens grenser. Det vil legge press på nasjonale domstoler, og EF-domstolen spesielt. Dette så man særlig i søndagssagaen i kjølvannet av *Dassonville*.³¹ Men også etter *Keck* opplevde man et stort antall saker for EF-

²⁹ *Snell* (2002) side 96. Se også *Maduro* (2002) side 64-65.

³⁰ Se kapittel 8.2.

³¹ Søndagssagaen er betegnelsen på sakene for EF-domstolen om søndagstengte butikker. Det var disse avgjørelsene som var utløsende for begrunnelsen i *Keck*.

domstolen, til tross for at *Keck* var ment å være klargjørende. Det skal samtidig sies at en ny avgjørelse normalt vil medføre saker for å klarlegge avgjørelsens nærmere innhold. Uansett bør restriksjonsbegrepet fastlegges slik at det bidrar til å hindre unødvendig rettssaker. Det vil også lette arbeidspresset for EF-domstolen. Det innebærer ikke nødvendigvis en hensiktsmessig disponering av begrensede juridiske ressursene at også saker som ikke er et reelt hinder for samhandelen bringes til domstolen for proporsjonalitetsprøving.³²

2.5.5 Forholdet til unntaksadgangen

Om restriksjonsbegrepet skal være vidt eller ikke, må også ses i sammenheng med unntaksadgangen.³³ Dersom det er vid adgang til å begrunne en importrestriksjon, vil det være mindre grunn til å ha et snevert restriksjonsbegrep.³⁴

Hvordan proporsjonalitetsvurderingen utøves fra EF-domstolens side har også betydning for restriksjonsspørsmålet.³⁵ Dersom domstolen bare med begrenset intensitet prøver om reguleringen er proporsjonal, mister argumentene mot et vidt restriksjonsbegrep noe av sin kraft. Foretar EF-domstolen en inngående proporsjonalitetsvurdering av tiltaket, innskrenkes den nasjonale reguleringskompetansen.

Momentet tilsier at resultatet blir det samme uavhengig av om restriksjonsbegrepet er vidt eller snevert. Slik jeg ser det, er imidlertid argumentet irrelevant for den prinsipielle diskusjonen om restriksjonsbegrepets rekkevidde. Hvorvidt noe utgjør en importrestriksjon, har betydning for om EF-domstolen har kompetanse til å vurdere om tiltaket er proporsjonalt begrunnet i et legitimt hensyn. Motsatt: faller en nasjonal regulering utenfor artikkel 28, trenger ikke nasjonale myndigheter begrunne tiltaket i det hele tatt.³⁶ En

³² Se *Maduro* (2002) side 64-65.

³³ Se kapittel 3.3.

³⁴ Se note 26. Det kan tilføyes at et vidt restriksjonsbegrep fort vil lede til mange skuffede klagere, fordi mange importrestriksjoner vil kunne begrunnes og opprettholdes, jf. *Gormley* (1989) side 207.

³⁵ *Bekkedal* (2007) side 106.

³⁶ Slik *Jervell* (1997) side 517 om konsekvensene av *Keck*.

importrestriksjon gir dessuten tilstrekkelig grunnlag for EU til å gi harmoniserende lovgivning.³⁷ På denne bakgrunn kan ikke en vid unntaksadgang begrunne et vidt restriksjonsbegrep.

³⁷ Se note 28.

3 Kort gjennomgang av hovedlinjene i rettspraksis – restriksjonsbegrepet og unntaksadgangen

3.1 Innledning

Kvantitative importrestriksjoner vil si importkvoter eller importforbud.³⁸ Spørsmålet om hva som utgjør et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon er imidlertid omdiskutert. Vurderingstemaene for artikkel 28 har variert over tid. Å gi en samlet fremstilling av utviklingen vil sprengte rammene for avhandlingen. Som et bakgrunnstykke for spørsmålet om bruksreguleringer utgjør en importrestriksjon, vil det i kapittel 3.2 bli redegjort for hovedlinjene i rettspraksis frem til avgjørelsene i *Moped- og Vannscootersakene*.

En helhetlig fremstilling av forbudet mot importrestriksjoner forutsetter også en omtale av adgangen til å begrunne, og dermed opprettholde, en importrestriksjon. Det redegjøres kort for unntaksadgangen i kapittel 3.3.

3.2 Artikkel 28 i rettspraksis

Den grunnleggende avgjørelsen på området for fri flyt av varer er *Dassonville* fra 1974. Den såkalte *Dassonville*-formelen forbyr tiltak³⁹ som ”direkte eller indirekte, potensielt eller aktuelt” hindrer samhandelen i fellesskapet.⁴⁰ Vurderingstemaet kan omfatte nesten enhver nasjonal regulering.⁴¹ *Dassonville*-formelen skaper dermed et spenningsforhold mellom EUs indre marked og nasjonale myndigheters reguleringskompetanse. Dette kom

³⁸ I følge EF-domstolen er kvantitative importrestriksjoner tiltak som totalt eller delvis begrenser importen, jf. *Geddo* premiss 7. EF-domstolen har forstått varebegrepet vidt. Objekter som transporteres over en grense som del av en kommersiell transaksjon er omfattet av varereglene, uavhengig av transaksjonens art, jf. sak 2/90 *Wallon waste* premiss 26.

³⁹ I *Dassonville* benyttet EF-domstolen ”handelsregler”, og ikke ”tiltak”. Det har ikke vært noen konsekvent bruk av begrepet ”handelsregler” ved henvisning til avgjørelsen. *Dassonville*-formelen er derfor ikke begrenset til ”handelsregler”.

⁴⁰ *Dassonville* premiss 5. Sak 120/78 *Cassis de Dijon* bekreftet at artikkel 28 får anvendelse på ikke-diskriminerende reguleringer.

⁴¹ *Barnard* (2007) side 92, *Oliver* (2003) side 102 og *Prete* (2008) side 143.

særlig på spissen etter at EF-domstolen anså søndagsstengte butikker som en importrestriksjon.⁴²

EF-domstolen har presisert *Dassonville*-formelen i to retninger.⁴³ For det første har den funnet at tiltak som har en ”for usikker og indirekte” virkning på samhandelen ikke er å anse som en importrestriksjon (adekvansprinsippet).⁴⁴ For det andre presiserte EF-domstolen anvendelsesområdet for artikkel 28 gjennom *Keck*. Bakgrunnen for avgjørelsen var dels en økende tendens til at artikkel 28 ble anført for EF-domstolen i saker om nasjonale salgsreguleringer, dels kritikken mot domstolens resultat i sakene vedrørende søndagsstengte butikker. I *Keck* fremholdt EF-domstolen at nasjonale reguleringer som begrenser eller forbyr visse former for salg ikke er å anse som en importrestriksjon etter *Dassonville*-formelen dersom reguleringen får anvendelse på alle ervervsdrivende, og reguleringen virker likt, rettslig og faktisk, på omsetningen av utenlandske og innenlandske varer.⁴⁵ Salgsreguleringer som tilfredsstiller disse vilkårene, utgjør ikke importrestriksjoner selv om de potensielt kan medføre salgsreduksjon.⁴⁶ *Keck*-doktrinen har vært gjenstand for stor debatt blant juridiske forfattere.⁴⁷ Også EF-domstolens generaladvokater har kommet med kritikk av *Keck* og etterfølgende praksis.⁴⁸

Den store debatten om artikkel 28 dreier seg om hvilke tiltak som utgjør en importrestriksjon utover diskrimineringstilfellene.⁴⁹ Direkte og indirekte diskriminerende tiltak utgjør alltid en importrestriksjon.⁵⁰ Spørsmålet om restriksjonsbegrepets rekkevidde kom igjen på spissen i *Moped- og Vannscootersakene*. Er det tilstrekkelig for å utgjøre en

⁴² Sak C-169/91 *Stoke-on-Trent*.

⁴³ Det har også vært enkelte andre tilfeller hvor EF-domstolen har forsøkt å begrense rekkevidden av *Dassonville*-formelen, se for eksempel sak 155/80 *Oebel* og sak 75/81 *Blesgen*.

⁴⁴ Sak C-69/88 *Krantz* premiss 11. Adekvansprinsippet er nærmere behandlet i kapittel 11.

⁴⁵ *Keck* premiss 16.

⁴⁶ C-441/04 *A-punkt* premiss 21 med videre henvisninger. *Gormley* (2008)b side 197.

⁴⁷ For litteraturhenvisninger, se note 382.

⁴⁸ Generaladvokat *Jacobs* i forslag til avgjørelse i sak C-412/93 *Leclerc-Siplec*.

⁴⁹ Diskrimineringsbegrepet har også vært omfattende diskutert. Se for eksempel *Bekkedal* (2007) side 132 flg. om terminologibruk. I denne oppgaven vil begrepet diskriminering for enkelhets skyld bli brukt om både direkte og indirekte forskjellsbehandling. Siktet det til den ene eller annen form for forskjellsbehandling, vil det bli presisert. Begrepets nærmere innhold og avgrensning følges ikke her.

⁵⁰ Det kan reises spørsmål ved om sak C-20/03 *Burmanjer* etablerer et unntak fra denne regelen for indirekte diskriminering som er ubetydelig, se kapittel 10.

importrestriksjon at bruksreguleringene gjør utøvelsen av retten til fri bevegelse mindre fordelaktig⁵¹, eller er det nødvendig at bruksreguleringene utelukker import av produkter fra andre medlemsland for å utgjøre en importrestriksjon.⁵²

3.3 Unntaksadgangen

Når et tiltak utgjør en importrestriksjon etter artikkel 28, kan tiltaket opprettholdes hvis det er begrunnet i et legitimt hensyn og er proporsjonalt.

Når det gjelder hvilke hensyn som kan begrunne en importrestriksjon, skilles det mellom de lovbestemte hensynene i artikkel 30⁵³ og den domstolskapte læren om allmenne hensyn.⁵⁴ Læren om allmenne hensyn kom som en følge av at artikkel 28 gikk fra å være et diskrimineringsforbud til å bli et restriksjonsforbud. Ettersom ikke-diskriminerende nasjonale reguleringer kunne utgjøre en importrestriksjon, ble det også behov for at slike reguleringer kunne opprettholdes i andre og flere hensyn enn de som fremgår av artikkel 30. Avgrensningen av de allmenne hensynene skjer negativt, slik at de omfatter alle hensyn av ikke-økonomisk art.⁵⁵

Skillet mellom hensynene oppregnet i artikkel 30 og de allmenne hensynene har betydning dersom den nasjonale reguleringen er direkte diskriminerende. Direkte diskriminerende tiltak på grunnlag av nasjonalitet kan kun begrunnes i hensynene som fremgår av artikkel

⁵¹ Bruk av *Dassonville*-formelen eller en bredere markedsadgangstest, se Generaladvokat *Bots* uttalelse i *Moped*saken. Se kapittel 5.

⁵² Se Generaladvokat *Kokott* i forslag til avgjørelse i *Vannscootersaken*. En adekvanstilnærming ble også foreslått. Se kapittel 5.7.

⁵³ Hensynene til offentlig moral, orden og sikkerhet, vernet om menneskers og dyrs liv og helse, plantelivet, nasjonale skatter av kunstnerisk, historisk eller arkeologisk verdi, eller det industrielle eller kommersielle rettsvern.

⁵⁴ Læren har sitt utspring i *Cassis de Dijon* fra 1979.

⁵⁵ Det synes i dag å være større aksept for hensynet til effektiv forvaltning og lignende hensyn. Det ser man blant annet i *Moped- og Vannscootersakene*, hvor EF-domstolen fremhevet at medlemslandene måtte kunne lage bruksreguleringer som var lette å håndheve, jf. *Moped*saken premiss 67 og *Vannscootersaken* premiss 36.

30.⁵⁶ Indirekte diskriminerende tiltak på grunnlag av nasjonalitet og ikke-diskriminerende restriksjoner kan derimot begrunnes både i hensynene i artikkel 30 og i de allmenne hensynene. Domstolen synes imidlertid ikke alltid å være like konsekvent i anvendelsen av dette skillet. Det ser i alle fall ut til å gjelde et unntak for direkte diskriminerende tiltak hvor slike er begrunnet i miljøhensyn.⁵⁷

Videre må den reguleringen være proporsjonal. Det er ulike måter å formulere proporsjonalitetskravet på. En tilnærmingstype er å spalte det opp i tre underkrav: egnethet, nødvendighet og forholdmessighet i snever forstand.⁵⁸ Kravene er kumulative – alle må være oppfylt for at reguleringen skal kunne opprettholdes.

Tiltakets egnethet er et spørsmål om den nasjonale reguleringen er tjenelig som middel til å nå det påberopte hensynet.⁵⁹ Reguleringen trenger ikke være den best egnede. Det stilles følgelig ikke strenge krav på dette punktet.⁶⁰

Antakelig er den viktigste og vanskeligste vurderingen om tiltaket er nødvendig. Spørsmålet er om det finnes et alternativt tiltak som er mindre inngripende, men som samtidig ivaretar det påståtte hensynet på en like effektiv og god måte.⁶¹ Eksempelvis ville et krav fra nasjonale myndigheter om at sterkøl og svakøl (4,5 %) skulle selges på henholdsvis bokser og flasker av hensynet til folkehelsen, ikke være et nødvendig tiltak.

⁵⁶ Sak C-388/01 premiss 19. Saken gjaldt retten til tjenesteyting over landegrensene. Uavhengig av den utviklingen som har funnet sted, er det et spørsmål om ikke tiden har løpt fra oppregningen i artikkel 30 og skillet mellom direkte og indirekte diskriminerende tiltak. Listen av hensyn ble laget ved vedtakelsen av traktaten i 1957, og gjenspeiler ikke nødvendigvis dagens politiske utfordringer. Eksempelvis er ikke miljø- og forbrukervernhensyn blant de oppregnede hensynene. Hvis man ønsker en strengere vurdering av direkte diskriminerende tiltak, er proporsjonalitetsvurderingen bedre egnet enn listen av hensyn slike tiltak kan begrunnes i.

⁵⁷ *Wallon waste* premiss 33 og 34.

⁵⁸ Slik *Mathisen* (2007) side 82. En annen systematisk tilnærming hos *Rognstad* i *EØS-rett* (2004) side 319 flg.

⁵⁹ Sak E-4/04 *Pedicel* premiss 56.

⁶⁰ *Mathisen* (2007) side 83.

⁶¹ *Pedicel* premiss 56.

Hensynet til folkehelsen kunne ivaretas like effektivt ved å sette krav til merking av produktet og til merking av butikkhyllene.⁶²

Når det gjelder kravet om forholdsmessighet i snever forstand, er dette en interesseavveining av hensynet til den frie bevegelse på den ene siden og den nasjonale målsetningen med reguleringen på den andre siden.⁶³ Spørsmålet er om inngrepet i den frie varebevegelse er så stort at det står i et urimelig forhold til betydningen av det hensynet tiltaket søker å ivareta. Fellesskapsinteressene skal dermed veies mot de nasjonale interessene.⁶⁴ Vurderingen gjøres sjelden i praksis. Den kan lett bli politisk preget, og slike avveininger hører først og fremst hjemme hos de nasjonale myndighetene.⁶⁵ Sagt på en annen måte bestemmer i utgangspunktet medlemslandene selv hvilket beskyttelsesnivå de vil sikre gjennom et gitt hensyn.⁶⁶ På denne måten begrenses også vurderingen av tiltakets forholdsmessighet i snever forstand.

Det er trolig det mest praktiske at bruksreguleringer er ikke-diskriminerende. Det innebærer at bruksbegrensninger og bruksforbud vil kunne begrunnes både i hensynene opplistet i artikkel 30 og i allmenne ikke-økonomiske hensyn.⁶⁷ Det spesielle med *Moped- og Vannscootersaken* når det gjelder begrunnelsen, er at EF-domstolen i stor grad synes å godta hensynet til effektiv forvaltning.

⁶² Lignende tilfelle i Sak 261/81 *Rau*.

⁶³ *Stoke-on-Trent* premiss 15.

⁶⁴ *Mathisen* (2007) side 87.

⁶⁵ *Mathisen* (2007) side 88.

⁶⁶ Sak C-36/02 *Omega* premiss 37.

⁶⁷ *Mopedsaken* premiss 59.

DEL II

BRUKSREGULERINGER

4 Bruksreguleringer

4.1 Bruksreguleringer – type nasjonalt tiltak

4.1.1 Innledning

Generaladvokat *Kokott* foreslo i sin uttalelse i *Vannscootersaken* at bruksreguleringer skal behandles etter en diskrimineringstest, forutsatt at produktet ikke er utelukket fra markedet.⁶⁸ Det er derfor av interesse å trekke grensene for bruksreguleringer som regelkategori.⁶⁹ En slik kategorisering er også hensiktsmessig for den videre fremstillingen av *Moped- og Vannscootersakene*.

4.1.2 Type nasjonal regulering

Bruksreguleringer er reguleringer av *hvor, hvordan, når* og av *hvem* et produkt kan benyttes.⁷⁰

Bruksreguleringer kan vise seg i to former: bruksforbud og bruksbegrensninger. *Bruksforbud* forbyr helt eller delvis bruken av et produkt innenfor et medlemslands grenser. Det italienske forbudet mot bruk av tilhenger tilknyttet moped utgjorde et bruksforbud mot tilhengere som bare kunne brukes av mopeder. Bruksforbud trenger ikke nødvendigvis reguleres som bruksforbud. Eksempelvis vil det være et bruksforbud hvor det ikke er lov å erverve, eie eller inneha en gjenstand.⁷¹ Det er da naturligvis heller ikke lov å bruke gjenstanden.

⁶⁸ Generaladvokat *Kokott* i *Vannscootersaken* premiss 56-67.

⁶⁹ Regelkategoriseringen som *Keck*-doktrinen medførte – at visse former for salg (salgsreguleringer) skal behandles på en spesiell måte – har vært gjenstand for kritikk. Se blant annet Generaladvokat *Bot* i *Mopedsaken* premiss 79 og 81. Etter min mening er det unødvendig å operere med ulike regelkategorier, så lenge de underliggende prinsippene for når artikkel 28 kommer til anvendelse er klare.

⁷⁰ Generaladvokat *Kokott* mener tilsynelatende at bruksreguleringer er regler som regulerer *hvor* og *hvordan* produkter kan brukes, jf. uttalelsen i *Vannscootersaken* premiss 44. Bruksreguleringer omfatter imidlertid også regulering av *når* et produkt kan brukes og av *hvem* produktet kan brukes. I så måte utgjør for eksempel de norske flaggreglene en bruksbegrensning, jf. forskrift om bruk av stats- og handelsflagg § 6.

⁷¹ Våpenforskriften § 9.

Bruksbegrensninger begrenser bruken av et produkt med hensyn til *hvor, hvordan, når* og *av hvem* et produkt kan benyttes.⁷² Bruksbegrensninger kan være så mangt, fra begrensninger i bruk av snøscooter og vannscooter til regler om fartsgrenser, konsumpsjon av alkohol på offentlig sted og flaggregler. Til sammen omfatter dermed bruksforbud og bruksbegrensninger et stort antall nasjonale regler.

Hva gjelder bruksreguleringer som regelkategori, er det et spørsmål om *brukspåbud* faller innenfor kategorien.⁷³ Brukspåbud vil si krav til materialvalg eller produksjonsfaktorer, for eksempel ved bygging av opera eller produksjon av øl. Hvorvidt et brukspåbud utgjør en importrestriksjon, er avhengig av anvendelsesområdet for reguleringen. Brukspåbud som også får anvendelse på utenlandske varer, vil utgjøre en importrestriksjon. Det følger av *Cassis de Dijon* at slike produktkrav er importrestriksjoner.

For brukspåbud som kun får anvendelse på innenlandsk virksomhet, er vurderingen en annen.⁷⁴ Etter min mening er ikke et slikt brukspåbud noe annet enn en bruksbegrensning. Krav til innsatsfaktorer innebærer samtidig en begrensning i bruken av andre produkter. Brukspåbud kan formuleres både positivt, eksempelvis ved at øl kun kan brygges på malt, eller negativt, ved å angi hvilke produkter man ikke kan bruke på en gitt måte.⁷⁵

Krav til materialvalg vil kunne være diskriminerende, og dermed utgjøre en importrestriksjon allerede av den grunn. Et slikt tilfelle var oppe i *Irske rør*.⁷⁶ I en offentlig kontrakt stilte irske myndigheter krav til standarden på rør som skulle brukes. Kravene medførte at kun én irsk leverandør tilfredsstilte kravene. EF-domstolen fant at det var greit

⁷² Distinksjonen mellom hvor, hvordan, når og av hvem et produkt kan brukes har først og fremst pedagogisk betydning. Den kan være til hjelp ved vurderingen av om det foreligger en importrestriksjon. Om et bruksforbud er nasjonalt, regionalt eller lokalt er imidlertid av rettslig betydning. Se kapittel 9.

⁷³ Direktiv 66/683/EØF synes ikke å skille mellom brukspåbud og bruksreguleringer, og indikerer at disse må behandles på samme måte. Se nærmere om direktivet i note 116.

⁷⁴ Det er også et spørsmål om reguleringen utgjør en eksportrestriksjon etter artikkel 29. Det kan være aktuelt ettersom bestemmelsen nå gjelder for både direkte og indirekte diskriminering, jf. sak C-205/07.

⁷⁵ Brukspåbudet kan også formuleres gjennom kriterier som materialet må tilfredsstille, og disse kriteriene kan være utformet slik at kun en viss type produkter tilfredsstiller kravene, jf. *Arnesen (1996)* side 355.

⁷⁶ Sak 45/87.

å stille tekniske krav til innsatsfaktorene, men reguleringen kunne ikke utelukke produkter som var av samme kvalitet.⁷⁷

Gitt at brukspåbudene rettet mot innenlandsk produksjon og virksomhet er ikke-diskriminerende, vil imidlertid reguleringen måtte behandles i tråd vurderingstemaet i *Moped- og Vannscooteravgjørelsene*.⁷⁸

Det må også skilles mellom tilfeller hvor bruken av selve produktet er forbudt eller begrenset, og de tilfeller der bruken av produkter med et spesielt innhold eller utforming er forbudt.⁷⁹ Eksempelvis vil det være forskjell på å forby bruk av vannscooter og å forby bruk av vannscootere som ikke tilfredsstiller norske krav til sikkerhet. Ved bruksforbud er produktet som produktkategori uønsket. Ved produktkrav godtar man derimot produktkategorien, men forbyr produkter som ikke tilfredsstiller nærmere krav til utforming og innhold. Bruksreguleringer som knytter seg til utformingen av produktet – det vil si regler som regulerer hva slags kvalitet, sikkerhetsforanstaltninger med videre et produkt må ha for å kunne benyttes – vil falle innenfor anvendelsesområdet til artikkel 28. Slike regler innebærer at produkter som oppfyller en medlemsstats lovgivning, ikke kan brukes i reguleringsstaten. Slike produktkrav er kategorisert som importrestriksjoner i EF-domstolens praksis.⁸⁰ Det er således en viktig forskjell mellom å forby bruken av et produkt og å regulere kravene til et produkt. Produktkrav medfører at varen kan slippes inn på markedet dersom den endres i tråd med vertslandets produktkrav. Ved bruksforbud hjelper

⁷⁷ Premiss 22.

⁷⁸ Et slikt brukspåbud vil være en importrestriksjon hvis reguleringen utelukker import av produkter fra andre medlemsstater.

⁷⁹ I samme retning *Kokotts* uttalelse i *Vannscooter* premiss 57. Slik også *White* (1989) side 259. EF-domstolen foretok samme distinksjon i *Vannscootersaken* under sin behandling av direktiv 94/25/EF. Distinksjonen er kritisert, jf. *Oliver/Enchelmaier* (2007) side 678 og *Gormley* (2008)a side 1667. Oliver og Enchelmaier hevder distinksjonen er ulogisk og feil. Etter deres syn vil en slik distinksjon føre til at det er mindre alvorlig for samhandelen å totalforby bruken av et produkt enn å kreve at produktet tilfredsstiller gitte krav. Denne kritikken er etter min mening vanskelig å forstå. For det første synes ikke Oliver og Enchelmaier å ta i betraktning at *Kokott* mener at totalforbud og bruksbegrensninger som medfører en marginal bruk av produktet vil utgjøre importrestriksjoner. For det andre knytter forfatterne argumentasjon seg utelukkende til bruksforbud. *Kokotts* poeng er at det er forskjell på bruksforbud og mindre inngripende bruksbegrensninger, slik at man må finne et vurderingstema som hensyntar dette.

⁸⁰ *Cassis de Dijon*.

det derimot ikke å endre produktet for å slippe inn på markedet.⁸¹ Det er bruk av produktet qua produkt som er forbudt, og ikke dets sammensetning.

Hvordan man skal behandle reguleringer som er en kombinasjon av salgsformer og bruksreguleringer – eksempelvis at salg av mat fra automater ikke er tillatt – er også et spørsmål. En slik regulering må vurderes todelt. For maten er det en salgsregulering, som må vurderes etter *Keck*-doktrinen. For automaten utgjør det en bruksregulering, som må vurderes etter kriteriene i *Moped- og Vannscootersaken*.⁸²

Det er også av betydning å klargjøre hvilket ledd i ”næringskjeden” man befinner seg i når man vurderer bruksreguleringer.⁸³ Bruksreguleringer retter seg mot brukeren. Det kan generelt sies at bruksreguleringer vedrører folks alminnelige handlefrihet.⁸⁴ Produktkrav retter seg derimot mot produsenten/importøren og salgsreguleringer mot forhandleren.⁸⁵ Bruksreguleringer påvirker således etterspørselen etter produktet, mens salgsreguleringer påvirker tilbudet av produktet. Bruksreguleringer får virkning etter at produktet er importert og solgt til konsumenten. Bruksforbud medfører at det ikke etableres noe marked for varen. Bruksbegrensninger utelukker normalt ikke at det etableres et produktmarked. Avhengig av bruksbegrensningens intensitet, vil den kunne påvirke salget av varen. På samme måte som for enkelte salgsreguleringer, vil bruksbegrensninger ikke utelukke import av produktet, men reguleringene kan minske importør og selgers profit. Systematiseringen kan ses i sammenheng med spørsmålet om hvem EF-traktaten beskytter: importør/selger eller brukeren.⁸⁶ I tillegg har den betydning for vurderingen av om det foreligger en importrestriksjon.

⁸¹ Slik *Enchelmaier* (2004) side 159. Motsatt *Snell* (2002) side 87. Se også *Enchelmaier* (2003) side 300.

⁸² Jeg presiserer imidlertid allerede her at slik jeg ser det, blir vurderingen etter *Keck*-doktrinen og *Moped- og Vannscootersakene* den samme, jf. Del III.

⁸³ Slik også EF-domstolen i de forente sakene 3/76, 4/76 og 6/76, som gjaldt spørsmålet om fiskekvoter utgjorde en importrestriksjon. EF-domstolen fant at tiltaket ikke utgjorde en importrestriksjon, fordi fiskekvoter relaterte seg til produksjonsfasen, mens artikkel 28 henviste til salgsfasen, jf. premiss 55-59.

⁸⁴ I samme retning Generaladvokat *Kokott* i *Vannscootersaken* premiss 48.

⁸⁵ *Barnard* (2006) side 138.

⁸⁶ Spørsmålet har betydning for tolkningen av *Vannscootersaken*. Se nærmere om dette i kapittel 9.

I den forbindelse er spørsmålet hvilket formål artikkel 28 skal beskytte – liberalisering av samhandelen eller beskyttelse av den alminnelige handlefriheten og uhindret næringsutøvelse. Generaladvokat Tesauro stilte dette spørsmålet under debatten om anvendelse av artikkel 28 på salgsreguleringer.⁸⁷ I *Keck* tok EF-domstolen implisitt det standpunkt at artikkel 28 skal føre til liberalisering av samhandelen, at bestemmelsen ikke beskytter uhindret næringsutøvelse. Synspunktet kan overføres til bruksreguleringer: artikkel 28 beskytter ikke mot regler som begrenser den alminnelige handlefriheten, så sant regelen er ikke-diskriminerende. Et unntak må gjelde der reglene fører til at det ikke opprettes noe produktmarked.⁸⁸

Bruksreguleringer vil rettslig sett normalt anvendes likt på utenlandske og innenlandske varer. Det skyldes at bruksreguleringer i utgangspunktet er ment som en adferdsregulering av samfunnet, ikke som en regulering av samhandelen i fellesskapet. Dersom det nasjonale tiltaket likevel begrenser eller forbyr bruken av utenlandske produkter, vil de utenlandske produktene diskrimineres direkte. Det er en importrestriksjon, uavhengig av om regelen knytter seg til bruken av produktet.⁸⁹

Reguleringer hvis anvendelse ikke er bestemt av varens opprinnelse, kan også utgjøre importrestriksjoner. Slike reguleringer kan ha som konsekvens at utenlandske varer behandles ufordelaktig i forhold til innenlandske varer. Slike reguleringer er indirekte diskriminerende.⁹⁰ Bruksreguleringer er imidlertid regler som i utgangspunktet ikke er egnet til å føre til indirekte forskjellsbehandling mellom innenlandske og utenlandske varer, siden de normalt ikke vil føre til ekstra kostnader eller andre ulemper for utenlandske varer. Bruksreguleringer vil ramme utenlandske og innenlandske produkter i samme grad. Det er derfor vanskelig å se at slike regler leder til forskjellsbehandling.⁹¹

⁸⁷ Generaladvokat Tesauro i *Hünernmund* premiss 1.

⁸⁸ Generaladvokat Kokott i *Vannscootersaken* premiss 66.

⁸⁹ Sak 4/75.

⁹⁰ *Irske rør*, som gjaldt irske krav til sementrør ved bygging av en vannledning for det offentlige. Kravene var slik utformet at kun ett irskprodusert rør ble godkjent. EF-domstolen fant dette indirekte diskriminerende overfor utenlandske sementrør.

⁹¹ Hvor det ikke er innenlandsk produksjon av varen, kunne det tenkes at bruksreguleringen likevel beskyttet den innenlandske produksjonen av konkurrerende varer, jf. sak C-391/92 (*Morsmelkerstatning*).

4.2 Tidligere behandling av bruksreguleringer

4.2.1 Innledning

Bruksreguleringer har ikke figurert som egen kategori innenfor artikkel 28. Det finnes imidlertid rettspraksis og juridisk teori knyttet til denne typen reguleringer. Den tidligere behandlingen av bruksreguleringer vil bli gjennomgått i det følgende.

4.2.2 Behandling av bruksreguleringer i eldre rettspraksis

Bruksreguleringer er tidligere behandlet av EF-domstolen i en rekke saker. EF-domstolen synes likevel ikke å ha festet seg ved bruksreguleringer som regelkategori. Domstolen gjorde ikke bruk av eldre praksis i *Moped- og Vannscootersakene*, med unntak av en henvisning til *Vindusfilm* i *Mopedsaken*.⁹² Det er likevel av interesse å gjennomgå eldre praksis om bruksreguleringer. Gjennomgangen vil vise om EF-domstolen ved *Moped- og Vannscootersakene* endrer sitt syn på den rettslige vurderingen av bruksreguleringer. Dessuten er det av interesse å se om *Moped- og Vannscootersakene* kunne vært avgjort på grunnlag av eldre rettspraksis.

Redegjørelsen for eldre rettspraksis bygger hovedsakelig på avgjørelser som er henvist til i litteraturen eller i avgjørelser fra EF-domstolen. Det er vanskelig å gjøre egnede søk i EUR-Lex-basene om emnet.⁹³ Listen over rettspraksis pretendere derfor ikke å være uttømmende.

Morsmelkerstatning gjaldt en ikke-diskriminerende salgsregulering hvor det ikke var innenlandsk produksjon av morsmelkerstatning. EF-domstolen kom til reguleringen falt utenfor artikkel 28. Den fremholdt at resultatet bare ville være annerledes hvis det fremgikk at salgsreguleringen beskyttet produksjonen av innenlandske varer som var tilsvarende eller konkurrerende til det utenlandske produktet, jf. premiss 18. *Kokott* tok til orde for en lignende vurdering i sin uttalelse i *Vannscootersaken*. Som jeg kommer tilbake til i kapittel 5.4 vil vurdering av om bruksreguleringer indirekte beskytter innenlandsk produksjon sjelden være praktisk.

⁹² Sak C-265/06.

⁹³ Søk på begrepene "use" og "use restriction" gir stort antall saker, som ikke har noen sammenheng med den rettslige vurderingen av bruksreguleringer.

Det første klare eksempelet jeg har funnet, er EF-domstolens prinsipielle uttalelse i *Destillasjonssaken* fra 1979.⁹⁴ Saken gjaldt fransk lovgivning som forbød destillasjon av utenlandske råvarer, med unntak av noen frukter. EF-domstolen uttalte at nasjonale bruksreguleringer i prinsippet ikke utgjør en importrestriksjon, med mindre det foreligger rettslig eller faktisk forskjellsbehandling:

”Obstacles to intra-community trade resulting from differences between the provisions of national laws which have not yet been harmonized in relation to the marketing and use of certain products constitute, in principle, measures having an effect equivalent to quantitative restrictions unless those provisions apply without discrimination to products imported from other member states and to those produced or manufactured in the national territory.”⁹⁵

Den nasjonale reguleringen i saken var diskriminerende, idet destillasjon av ethvert importert råstoff var forbudt, med unntak av frisk frukt som ikke var epler, pærer eller druer.⁹⁶

Videre er det et spørsmål om ikke *Blesgen* gjaldt et spørsmål om bruksbegrensninger. Belgisk lovgivning forbød konsum, salg og tilbud av alkoholholdig drikke med alkoholprosent over 22 % i lokaler åpne for allmennheten. Forbudet gjaldt selv hvor det ikke ble tatt betaling. EF-domstolen viste til *Dassonville*-formelen. Videre viste domstolen til direktiv 70/50/EØF artikkel 3, hvor det fremgikk at nasjonale tiltak vedrørende markedsføring av produkter kunne falle inn under betegnelsen tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner, selv om tiltakene fikk anvendelse både på nasjonale og utenlandske produkter. Vilåret var at effekten på den frie varebevegeligheten måtte være større enn hva som normalt følger av handelsregler. EF-domstolen fremhevet at det aktuelle forbudet bare gjaldt lokaler åpne for allmennheten. Andre former for markedsføring av det samme produktet var ikke regulert. Domstolen bemerket også at tiltaket behandlet innenlandske og utenlandske varer likt. EF-domstolen konkluderte med at

⁹⁴ Sak 119/78.

⁹⁵ Premiss 23.

⁹⁶ Premiss 4 og 32.

et slikt tiltak ikke har noen faktisk forbindelse til importen av produktet, og at det derfor ikke forhindret samhandelen i fellesskapet.

Det kan stilles spørsmål ved hva denne avgjørelsen egentlig vurderer, bruksbegrensninger eller regulering av markedsadferden.⁹⁷ Når man leser selve avgjørelsen, kan det synes som om EF-domstolen vurderte en nasjonal salgsregulering. Lovgivningen som ble vurdert innebar imidlertid også et forbud mot konsumpsjon av alkohol på offentlig sted. Dette er klart en bruksbegrensning. EF-domstolen skilte ikke mellom de ulike reguleringene i det belgiske forbudet, og vurderte hele forbudet på samme måte. Selv om bruksbegrensningen i forbudet ikke ble nærmere kommentert, indikerer avgjørelsen etter min oppfatning at bruksbegrensninger ikke ble ansett som importrestriksjon i tidligere tider.⁹⁸ Reguleringen berørte ikke øvrig salg av produktet, og konsumpsjon av produktet var tillatt i den private sfære. Reguleringen utelukket derfor ikke import av produktet. Reguleringen i *Blesgen* kan sies å ha likhetstrekk med det norske røykeforbudet.⁹⁹ EF-domstolens forhåndsuttalelse i *Blesgen* illustrerer dermed hvordan en regulering som denne skal vurderes.

Hvetemeldommen gjaldt franske kvoteregler for hvor mye hvete som årlig kunne bli malt til mel for husholdningsforbruk.¹⁰⁰ Kvoten var basert på produksjon i et gitt tidsrom. EF-domstolen pekte på at de franske reglene ikke påvirket muligheten til å importere mel til konsumpsjon fra andre medlemsland.¹⁰¹ Klageren hevdet likevel at reglene førte til en reduksjon av hveteimporten. Til dette uttalte domstolen at selv om reglene kunne medføre redusert hveteimport, stod møllerne fritt til å importere hvete som helt eller delvis dekket deres kvote. Domstolen konkluderte med at kvotesystemet for melproduksjon faktisk ikke påvirket hveteimporten, og at tiltaket ikke påvirket samhandelen.¹⁰²

⁹⁷ Saken er blitt behandlet som en bruksregulering, et drikkeforbud, av *Chalmers* (1993) side 275.

⁹⁸ Et annet spørsmål er om vurderingsnormen i denne avgjørelsen er tilsidesatt i og med *Keck-avgjørelsen*. Uansett ville nok *Keck*-doktrinen ført til samme resultat.

⁹⁹ Tobakkskadeloven § 12. Røykeforbudet gjelder i lokaler og transportmidler tilgjengelige for allmennheten.

¹⁰⁰ Sak 148/85. White viser til avgjørelsen for å underbygge sitt standpunkt om at bruksreguleringer faller utenfor anvendelsesområdet til artikkel 28, jf. *White* (1989) side 254.

¹⁰¹ Premiss 17.

¹⁰² Premiss 19. På dette punktet er ordlyden forskjellig i henholdsvis den engelske og franske versjonen av avgjørelsen. Den franske versjonen lyder: " Il apparait des lors qu'une telle mesure de contingentement au niveau de la production de farine n'a, en réalité, pas de lien avec l'importation du blé et n'est pas de nature à

De nasjonale reglene i *Hvetemeldommen* innebar klart en bruksregulering, ved at de regulerte hvordan importert hvete kunne brukes. Domstolen synes å argumentere for at tiltaket ikke utgjorde en importrestriksjon fordi det ikke dreide seg om en importkvote, men en produksjonskvote. Møllerne hadde mulighet til å fylle hele sin kvote med importert hvete. Reguleringen utelukket dermed ikke import av hvete.¹⁰³

Avgjørelsen er avsagt etter *Dassonville*, og markerer at bruksbegrensninger ikke (nødvendigvis) skal behandles etter denne vide formelen. Det må antas at den potensielle importreduksjonen de franske kvotereglene ga, ville vært tilstrekkelig til å utgjøre en importrestriksjon etter *Dassonville*-formelen. *Hvetemeldommen* indikerer dermed at bruksbegrensninger ikke nødvendigvis utgjør en importrestriksjon.

I *Slakteavfallsdommen* vurderte EF-domstolen nederlandsk lovgivning som krevde at avfallsdeponier for dyreavfall ble drevet på grunnlag av autorisasjon fra myndighetene.¹⁰⁴ Saken for den nasjonale domstolen gjaldt en straffesak mot et selskap som hadde drevet et avfallsanlegg uten lisens, hvor animalsk avfall ble bearbeidet til nyttige produkter, og hvor slakteavfall fra fjærkre ble brukt til fremstilling av dyrefôr. I Nederland var det gitt fire autorisasjoner til drift av avfallsanlegg. Produsenter av slikt avfall var pålagt å levere avfallet til et av anleggene.¹⁰⁵ Det nederlandske tiltaket var klart en bruksregulering, idet dyreavfall ikke kunne brukes til annet enn å levere det til avfallsanleggene.

EF-domstolen kom til at det ikke var nødvendig å vurdere artikkel 28 siden de nederlandske reglene ikke innebar noe forbud mot import. Det faktum at avfallsanleggene

entraver le commerce entre Etats membres.” Den engelske versjonen lyder: ”It therefore appears that such a system of quotas at the level of flour production in fact has no effect on wheat imports and is not likely to impede trade between member states.” I den franske versjonen synes domstolen å uttale at kvotesystemet ikke hindrer samhandelen. I den engelske versjonen heter det derimot at en slik virkning ikke er sannsynlig.

¹⁰³ Det må tas i betraktning at hvete også kunne importeres til annen bruk, for eksempel til dyrefôr.

¹⁰⁴ Sak 118/86.

¹⁰⁵ Se beskrivelse av de nederlandske reglene i *Slakteavfallsdommen* premiss 2 flg.

kun betalte minimalt for slakteavfall fra fjærkre forandret ikke domstolens konklusjon, siden prissettingen kun angikk hvordan en virksomhet ble drevet.¹⁰⁶

De nederlandske reglene innebar en omfattende begrensning på hvordan slakteavfall kunne brukes, og hvem som kunne foredle fjærkreavfallet. Det må antas at import av slikt avfall ikke var interessant for andre enn de godkjente destruksjonsanleggene, siden det eneste andre kunne gjøre med produktet var å levere det dit. Importrestriksjonsvurderingen må imidlertid også ta i betraktning hvem bruksreguleringen rammet. Brukergruppen var klart større enn de fire godkjente destruksjonsanleggene, men enhver konsument etterspør ikke dette produktet. Bruksbegrensningens rekkevidde beror på denne vurderingen. Antallet brukere reguleringen medførte var likevel så begrenset at det er nærliggende å anse reguleringen som svært omfattende. EF-domstolens uttalelser indikerer derfor at selv svært strenge bruksbegrensninger ikke er å anse som importrestriksjon.¹⁰⁷ Etter min mening skal man likevel være forsiktig med å generalisere over domstolens uttalelser i denne saken. Saksforholdet, både produktets karakter og reguleringen, var spesielt. Dessuten synes det sentrale i saken å være om reguleringen innebar et eksportforbud.

Toolex angikk svensk lovgivning som forbød industriell bruk av kjemiske produkter som helt eller delvis besto av trikloretylen.¹⁰⁸ Det svenske lovverket åpnet for generelle og individuelle unntak fra forbudet.

EF-domstolen kom til at den svenske lovgivningen i prinsippet var et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon. Domstolen begrunnet det med at et generelt forbud mot bruk av kjemiske stoffer var egnet til å medføre en reduksjon i importvolumet.¹⁰⁹ Det er uklart hva som nærmere ligger i dette utsagnet. Et bruksforbud vil

¹⁰⁶ Premiss 10. Idet de nederlandske reglene påbød levering av avfall til et av de lisensierte anleggene, fant EF-domstolen at det forelå en eksportrestriksjon etter artikkel 29, jf. premiss 11.

¹⁰⁷ Slik *White* (1989) side 255 og 259.

¹⁰⁸ Sak C-473/98. Reguleringen gjaldt ikke privat bruk av produktet. Privat bruk er neppe særlig praktisk. Jeg tolker reguleringen til i realiteten å gjelde et bruksforbud. Kommisjonen fremholdt prinsipalt at bruken av det kjemiske stoffet var regulert i sekundærlovgivningen. Dette avslo EF-domstolen.

¹⁰⁹ Premiss 35-36.

ikke bare innebære en reduksjon av salgsvolumet, men et opphør av salg av produktet. Domstolen kan imidlertid ha siktet til at den svenske reguleringen åpnet for unntak, og at reguleringen derfor bare medførte en salgsreduksjon. EF-domstolen endret ikke sitt syn som følge av unntaksordningen reguleringen medførte. Den utgjorde også en importrestriksjon.¹¹⁰

Toolex viser først og fremst at bruksforbud utgjør en importrestriksjon.¹¹¹ Det påpekes likevel at reguleringen ikke kun var et bruksforbud av trikloretylenprodukter, men også av produkter som inneholdt stoffet. For det sistnevnte tilfelle utgjorde regelen et produktkrav, og er av den grunn en importrestriksjon.

Etter min syn kan ikke *Toolex* kaste nærmere lys over vurderingen av bruksbegrensninger. Riktig nok tillot den svenske reguleringen unntak fra bruksforbudet. Det kan således argumenteres med at reguleringen i realiteten bare utgjorde en bruksbegrensning. Bruk av produktet var imidlertid betinget av en individuell søknad fra den enkelte industribruker. Det er ikke det samme som en bruksbegrensning fastsatt av myndighetene. Til forskjell fra reguleringen i *Toolex*, vil en bruksbegrensning tillate bruk generelt. Bruk vil ikke være betinget av individuell søknad og dispensasjon.

Til slutt nevnes *Vindusfilm*. Traktatbrudssaken gjaldt et portugisisk forbud mot bruk av farget film på vinduene i motorkjøretøyer. Loven gjorde unntak for godsdelen til godskjøretøy.

EF-domstolen fant at saken ikke var regulert av sekundærlovgivningen. Det avgjørende var om tiltaket var i strid med artikkel 28. Domstolen viste til *Dassonville*-formelen. Portugisiske myndigheter hadde erkjent at forbudet mot bruk av slik film begrenset salget av produktet i Portugal. Videre pekte EF-domstolen på at potensielle kunder, forhandlere

¹¹⁰ Premiss 37.

¹¹¹ Se kapittel 7. Det fremgår av Generaladvokat Michos uttalelse i saken at spørsmål om reguleringen utgjorde en importrestriksjon ikke var gjenstand for stor debatt, jf. premiss 52. Debatten synes å ha dreid seg om anvendelsesområdet for sekundærlovgivningen, og reguleringens begrunnelse og proporsjonalitet.

og individer praktisk sett ikke hadde noen interesse i produktet når bruk av det var forbudt. Domstolen konkluderte med at bruksforbudet påvirket salget i Portugal av nesten all slik film, lovlig produsert og solgt i andre medlemsland. Bruksforbudet var derfor en importrestriksjon.¹¹²

Uten å foregripe redegjørelsen for *Mopedsaken*, skal det allerede her nevnes at det i *Mopedsaken* henvises til *Vindusfilm*. Begge sakene gjaldt bruksforbud. Den nærmere betydningen av henvisningen kommer jeg tilbake i kapittel 6.

4.2.3 Behandling i teorien

Behandlingen av bruksreguleringer synes å ha opptatt få teoretikere. Det henger naturligvis sammen med at det ikke har vært mange saker for EF-domstolen om spørsmålet. Spranget er stort til diskusjonen om salgsreguleringer og *Keck*-doktrinen. *White* har imidlertid behandlet spørsmålet i en artikkel fra 1989, hvor han forsøker å definere grensene for anvendelsesområde til artikkel 28.¹¹³

White skiller mellom på den ene siden bruksforbud og bruksbegrensninger som reelt sett er bruksforbud og på den andre siden andre bruksbegrensninger som er ikke-diskriminerende og som kun regulerer bruk av et produkt på en generell og nøytral måte. De førstnevnte utgjør en importrestriksjon, mens de sistnevnte ikke.¹¹⁴

Det kan hevdes at *Whites* distinksjon i stor grad er den samme som den EF-domstolen trekker opp i *Moped-* og *Vannscooteravgjørelsene*. Spørsmålet behandles i kapittel 6.¹¹⁵

¹¹² Premiss 35.

¹¹³ *White* (1989) side 253. Artikkelen omhandler artikkel 30 etter gammel nummerering.

¹¹⁴ Med bruksreguleringer mener *White* også produktreguleringer. *White* (1989) side 253-254 og 258-259.

¹¹⁵ *Whites* artikkel var trolig et viktig innspill til etableringen av *Keck*-doktrinen. Hans drøftelser av bruksreguleringer i samme artikkel, sammenholdt med *Moped-* og *Vannscootersakene*, viser at artikkelen var forutseende på nok et punkt.

Oliver behandler også bruksreguleringer i sin oppstilling av hva som utgjør importrestriksjoner.¹¹⁶ Han begrenser seg til bruksreguleringer som forskjellsbehandler utenlandske varer.¹¹⁷

4.2.4 Vurdering og konklusjon

Den ovenfor omtalte rettspraksisen indikerer et skille mellom bruksforbud og bruksbegrensninger. De førstnevnte er funnet å utgjøre en importrestriksjon,¹¹⁸ mens de sistnevnte har skåret klar av forbudet.¹¹⁹

Praksisen vedrørende bruksforbud er i tråd med øvrig praksis fra EF-domstolen om tilsvarende reguleringer.¹²⁰ Når det gjelder bruksbegrensninger, trekker ikke domstolen noen klar grense mellom bruksbegrensninger som utgjør importrestriksjoner, og de som faller utenfor anvendelsesområdet til artikkel 28. Begrunnelsen synes imidlertid å være at ikke-diskriminerende bruksreguleringer som ikke utelukker import av produkter fra andre medlemsstater, går klar av forbudet i artikkel 28.

Det er hevdet at saksforholdet i *Moped- og Vannscootersakene* kunne vært avgjort på grunnlag av gjeldende rettspraksis om bruksforbud.¹²¹ En slik påstand mister imidlertid av syne nyansene i reguleringen i *Mopedsaken*. Den italienske reguleringen forbød bruk av tilhenger i tilknytning til moped. Dette innebar et bruksforbud for tilhengere som bare kunne benyttes i tilknytning til moped. Reguleringen var derimot kun en bruksbegrensning

¹¹⁶ *Oliver* (2003) side 163-164. *Oliver* viser til direktiv 66/683/EØF, som ble gitt i medhold av gamle artikkel 33(7) (nå opphevet). Bestemmelsen ga Kommisjonen hjemmel til å gi direktiver vedrørende fjerning av tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon i medlemslandene. Direktiv 66/683/EØF påla medlemsstatene å fjerne tiltak som helt eller delvis forbød bruken av et importert produkt, som helt eller delvis påbød bruken av et nasjonalt produkt eller som gjorde bruken av et nasjonalt produkt gjenstand for en fordel. Direktivet rettet seg således mot forskjellsbehandling av utenlandske produkter. Direktivet er i dag kun en ikke-bindende retningslinje, og uten relevans for problemstillingen om ikke-diskriminerende bruksreguleringer.

¹¹⁷ Dette ut fra overskriften ”Measures Restricting the use of Imported Products or Requiring the use of Domestic Products”.

¹¹⁸ *Vindusfilm* og *Toolex*.

¹¹⁹ *Blesgen*, *Hvetemeldommen* og *Slakteavfallsdommen*.

¹²⁰ Se kapittel 6.

¹²¹ Slik *Spaventa* (2009)*b* side 920. Dette bygger i så tilfelle på at de svenske reglene reelt sett var et bruksforbud.

for tilhengere som også kunne benyttes sammen med andre kjøretøy. Nyansene i denne lovgivningen fremgår ikke av eldre rettspraksis. Gjeldende praksis om bruksforbud var derfor ikke tilstrekkelig for avgjørelsen i *Mopedsaken*.¹²² Dessuten er praksis om bruksbegrensninger etter min mening så spesiell, at det klart var behov for en generell klargjøring fra EF-domstolen om den rettslige vurderingen av slike.

¹²² Slik også *Spaventa (2009)b* side 921. *Spaventa* omtaler ikke eldre praksis om bruksbegrensninger.

5 Debatten om bruksreguleringer

5.1 Innledning

Spørsmålet om behandlingen av bruksreguleringer ble for alvor satt på spissen av Generaladvokat *Kokott* i 2006 i hennes forslag til avgjørelse i *Vannscootersaken*. Uttalelsen medførte at *Moped*saken ble overført til storkammer og at Generaladvokat *Bot* i 2008 ga ny generaladvokatuttalelse i denne saken.¹²³ Også medlemslandene engasjerte seg sterkt i spørsmålet. Det var dermed knyttet stor spenning til avgjørelsene fra EF-domstolen, som lot vente på seg. Jeg vil ta utgangspunkt i generaladvokatenes forslag til avgjørelser, supplert med medlemslandenes synspunkter, slik disse fremgår av domspremissene i *Moped-* og *Vannscootersakene*. Generaladvokatuttalelser er generelt en viktig kilde for å forstå EF-domstolens avgjørelser. Det gjelder særlig for *Moped-* og *Vannscootersakene*. Generaladvokatuttalelsene i disse sakene viser en grunnleggende forskjellig holdning til rekkevidden av artikkel 28. Det er rimelig å anta at den samme meningsforskjellen fantes blant dommerne i EF-domstolen. Det kan derfor ha vært vanskelig å komme frem til en avgjørelse i *Moped-* og *Vannscootersakene*.

5.2 Kort om EF-domstolens resultat i Moped- og Vannscooteravgjørelsene

Traktatbruddsspørsmålet i *Moped*saken gjaldt et italiensk forbud mot bruk av tilhengere til motorsykler og mopeder. Forbudet var landsdekkende.

EF-domstolen kom til at det italienske tilhengerforbudet hindret markedsadgangen for tilhengere som bare kunne benyttes til mopeder, men ikke for tilhengere som også kunne benyttes til andre kjøretøyer. Tiltaket var derfor å anse som en importrestriksjon etter artikkel 28. Tiltaket kunne imidlertid opprettholdes ut fra hensynet til trafiksikkerhet. EF-domstolens behandling av begrunnelsen for importrestriksjonen vil ikke bli behandlet.

¹²³ Generaladvokat *Léger* ga i 2006 den første uttalelsen i saken.

Vannscootersaken gjaldt et spørsmål om forhåndsuttalelse vedrørende bruksregulering av vannscooter i Sverige. Bruk av vannscooter i Sverige var begrenset til offentlige skipsleder og områder åpnet for bruk av lokale myndigheter. Lokale myndigheter hadde når visse vilkår var oppfylt, plikt til å åpne områder for vannscooterbruk. I tillegg kunne de åpne for bruk hvor myndighetene selv ønsket dette. På søksmålstidspunktet var kun offentlige skipsleder åpnet for bruk.

I sin uttalelse kom EF-domstolen til at de svenske vannscooterreglene ville utgjøre en importrestriksjon dersom reglene førte til en vesentlig bruksbegrensning av vannscootere i Sverige, slik at markedsadgangen til produktet ble hindret. På spørsmålet om importrestriksjonen kunne begrunnes og opprettholdes i miljøhensyn og hensynet til menneskers og dyrs helse, kom EF-domstolen til at det forelå en legitim begrunnelse dersom de lokale myndighetenes plikt til å åpne for bruk etter loven faktisk ble praktisert, og at denne kompetansen ble benyttet innen rimelig tid.

Mopedscooter- og Vannscooteravgjørelsene er analysert i sin helhet i kapittel 6.

5.3 Generaladvokat Légers uttalelse i Mopedsaken – runde 1

Generaladvokat *Léger* ga sin uttalelse i *Mopedsaken* 5. oktober 2006. Dette var før Generaladvokat *Kokotts* uttalelse i *Vannscootersaken*. *Léger* viste til *Dassonville*-formelen. Han mente at, til tross for at de italienske reglene ikke forbød import og salg av tilhengere i Italia, var reglene tilbøyelige til å begrense mulighetene for samhandel mellom medlemslandene. Han konkluderte derfor med at de italienske reglene utgjorde et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon.¹²⁴

EF-domstolen kom til samme resultat som Generaladvokat *Léger* i *Mopedsaken*, men den rettslige argumentasjonen synes å være noe forskjellig. *Léger* viste til tradisjonell rettspraksis, *Dassonville*, og fant at tiltaket var tilbøyelig til å begrense mulighetene til

¹²⁴ Premiss 40.

samhandel innenfor fellesskapet. EF-domstolen viste derimot til at det italienske forbudet hindret markedsadgangen til produktet. Som jeg kommer tilbake til, er dette et snevrere vurderingstema enn *Dassonville*-formelen. Légers uttalelse må imidlertid ses på bakgrunn av at de italienske reglene utgjorde et absolutt forbud for tilhengere som bare kunne brukes sammen med moped. Slike totalforbud er av EF-domstolen behandlet som importrestriksjoner, uavhengig av hvilken regelkategori reguleringen tilhører.¹²⁵

5.4 Generaladvokat Kokotts uttalelse i Vannscootersaken

Generaladvokat *Kokott* ga sin uttalelse 14. desember 2006, drøye to måneder etter Generaladvokat *Léger* i *Mopedsaken*. Hennes uttalelse førte til debatt og at sakene ble løftet opp til et prinsippsspørsmål innenfor reglene om fri bevegelighet av varer. Sakene ble utsatt, og det ble bestemt at *Mopedsaken* skulle avgjøres i storkammer.¹²⁶

Kokott tok utgangspunkt i *Dassonville*-formelen. Hun mente bruksbegrensninger ville falle innenfor denne formelen, i og med *Dassonville*-formelens brede nedslagsfelt. Hun viste videre til EF-domstolens forsøk på å begrense *Dassonville*-formelens anvendelsesområde for nasjonale tiltak hvis virkningen på samhandelen er for usikker og indirekte. Det var etter hennes mening vanskelig å klargjøre hva som ligger i denne praksisen, og den bidrar ikke til rettssikkerhet.¹²⁷ *Kokott* må forstås slik at hun antok at adekvansprinsippet ville kunne medføre at bruksbegrensninger ikke rammes av artikkel 28, men at dette ikke er en tilfredsstillende løsning.¹²⁸

Generaladvokat *Kokott* foreslo at bruksreguleringer unntas fra anvendelsesområdet til artikkel 28, på samme måte som visse salgsreguleringer er unntatt etter *Keck*-doktrinen.¹²⁹ En slik tilnærming innebærer at bruksforbud utgjør en importrestriksjon, mens dette ikke

¹²⁵ Denne praksisen er nærmere behandlet i kapittel 7.

¹²⁶ EF-domstolens prosessreglement artikkel 44 nr. 4.

¹²⁷ Premiss 46.

¹²⁸ Som jeg kommer tilbake til i kapittel 11, er det uklart hva adekvansprinsippet innebærer, og hvordan det skal anvendes.

¹²⁹ Premiss 47.

nødvendigvis er tilfelle for bruksbegrensninger.¹³⁰ *Kokott* mente bruksbegrensninger begrenser den enkeltes generelle handlefrihet, på samme måte som salgsformer begrenser næringsfriheten til markedsaktørene. Det kan leses mellom linjene at dersom bruksbegrensninger faller innenfor anvendelsesområdet til artikkel 28, vil den enkelte bli oppmuntret til å anføre artikkel 28 for å angripe bruksreguleringer som begrenser den generelle handlefriheten.¹³¹

Kokott begrunnet utvidelsen av *Keck*-doktrinen til også å gjelde bruksreguleringer med at bruksreguleringer og salgsreguleringer er sammenlignbare reguleringsformer, både i form og effekten på samhandelen. Begge regelsett har en indirekte effekt på salget. Videre pekte *Kokott* på at verken bruksreguleringer eller salgsreguleringer har til formål å regulere handelen mellom medlemslandene. Det talte etter hennes mening for at bruksreguleringer skal unntas fra anvendelsesområde til artikkel 28, etter samme metode som salgsreguleringer.¹³²

Kokott oppstilte tre kumulative vilkår for at en bruksregulering *ikke* skal utgjøre en importrestriksjon: (1) at tiltaket får anvendelse for alle næringsdrivende, (2) at tiltaket virker likt, rettslig og faktisk, på omsetningen av utenlandske og innenlandske produkter og (3) at tiltaket ikke utelukker produktet fra markedet.¹³³

Det kan stilles spørsmålstegn ved vilkåret om at bruksreguleringene må få anvendelse på alle næringsdrivende i markedet. Vilkåret passer for salgsreguleringer, fordi slike reguleringer retter seg mot disse aktørene. Bruksreguleringer er derimot rettet mot brukeren. Det er bruken, ikke salget, myndighetene ønsker å regulere. For bruksreguleringer gir det i alle fall ingen mening å operere med vilkåret. *Kokotts* vilkår burde heller vært formulert som at bruksreguleringen må anvendes på alle produkter innenfor en produktgruppe. Eksempelvis må en bruksregulering av vannscooter, få

¹³⁰ Premiss 66-67.

¹³¹ Premiss 48.

¹³² Premiss 52-55.

¹³³ Premiss 56 og 65.

anvendelse på alle vannscootere. Dersom bruksbegrensningen kun gjelder vannscootere av et spesielt merke eller en spesiell utforming, er vilkåret ikke oppfylt. Dette vil imidlertid utgjøre diskriminering eller et produktkrav.¹³⁴ Det er derfor vanskelig å se merverdien i *Kokotts* vilkår.

Kokott gikk i premiss 57 over til anvendelsen av *Keck*-doktrinen på de svenske vannscooterreglene. Hun konstaterte først at reglene ikke relaterte seg til produktkrav.¹³⁵ Videre fant hun at reglene fikk anvendelse for alle aktørene i markedet. *Kokott* var usikker på om reguleringen påvirket omsetningen av innenlandske og utenlandske varer likt, rettslig og faktisk. Hun fremholdt at salgsreduksjonen bruksreguleringen kunne medføre, rammet innenlandske og utenlandske produkter likt. Det faktum at det ikke var innenlandsk produksjon av vannscootere, måtte imidlertid medføre en vurdering av om bruksreguleringen påvirket utenlandske produkter mer enn innenlandske konkurrerende produkter. *Kokott* hadde ikke tilstrekkelig informasjon til å vurdere spørsmålet. Videre fant hun at vurderingen ikke var nødvendig i den aktuelle saken.¹³⁶

Som ledd i vurderingen av om bruksreguleringen påvirker omsetningen av innenlandske og utenlandske likt, skal det altså også vurderes om bruksreguleringen beskytter innenlandsk produksjon. *Kokott* gjorde ikke nærmere rede for hvordan vurderingen skal foretas. Tilsvarende vurdering skal foretas for interne skatter og avgifter etter artikkel 90 (2).¹³⁷ Vurderingen er ikke en del av den tradisjonelle *Keck*-doktrinen. I *Morsmelkerstatning* kom EF-domstolen til at et forbud mot salg av morsmelkerstatning andre steder enn på apotek ikke utgjorde en importrestriksjon, jf. *Keck*-doktrinen. EF-domstolen presiserte at resultatet bare ville være annerledes hvis det fremkom at reguleringen beskyttet konkurrerende

¹³⁴ Se kapittel 4.1.2 for forskjellen mellom en bruksregulering og et produktkrav.

¹³⁵ Kapittel 4.1 om denne distinksjonen og kritikken rettet mot *Kokotts* forslag på dette punktet.

¹³⁶ Premiss 60-64.

¹³⁷ Se *Craig/De Burca* (2008) side 648-660 for en redegjørelse av bestemmelsen.

innenlandsk produksjon. De ga ingen anvisning på vurderingen.¹³⁸ Vurderingen er ikke gjentatt i andre *Keck*-saker.¹³⁹

Det kan hevdes at *Kokotts* vurdering av proteksjonisme ikke vil ha noen praktisk betydning for bruksreguleringer. Forutsatt at saken gjelder innenlandske og utenlandske varer som står i et konkurrerende forhold til hverandre, er det vanskelig å se når bruksreguleringer vil beskytte innenlandsk produksjon. Det på bakgrunn av *Kokotts* øvrige vilkår for når bruksreguleringer vil utgjøre en importrestriksjon. Forutsatt at bruksreguleringen ikke utelukker produktet fra markedet, vil den ikke utgjøre en importrestriksjon.¹⁴⁰ Det vil si at det er reelle bruksmuligheter for produktet. Beskyttelse av innenlandsk produksjon vil da måtte bero på forskjellen mellom de reelle bruksmulighetene for innenlandske og utenlandske varer. Jeg har vanskelig for å se når en slik forskjell i bruksmuligheter kunne gi holdepunkter for at bruksreguleringen beskytter innenlandsk produksjon.

Kokotts tredje og siste vilkår er at bruksreguleringen ikke må utelukke produktet fra markedet. Som begrunnelse viste generaladvokaten til premiss 17 i *Keck*. I den premissen fremholdt EF-domstolen at salgsreguleringer som virker likt på omsetningen av innenlandske og utenlandske varer, ikke er av en slik natur at de utelukker produktet fra markedet eller medfører at markedsadgangen for utenlandske produkter er hindret mer enn markedsadgangen for innenlandske produkter. *Kokott* konkluderte med at bruksreguleringer som utelukker produktet fra markedet *ikke* faller utenfor artikkel 28.¹⁴¹ *Keck* premiss 17 har vært gjenstand for diskusjon. Diskusjonen har knyttet seg til hvordan premiss 17 skal forstås og hvilken relevans produktets markedsadgang har ved salgsreguleringer.¹⁴² *Kokott* forsto *Keck* premiss 17 slik at også for salgsreguleringer er det avgjørende at produktet har markedsadgang. Dette er etter min mening riktig. *Kokott* kunne imidlertid vist til saker om importforbud for å underbygge denne påstanden. Salgs- og

¹³⁸ *Morsmelkerstatning* premiss 18.

¹³⁹ Det kan stilles spørsmål ved om beskyttelse av innenlandske bakerier er begrunnelsen for at reguleringen i sak C-416/00 *Morellato* utgjør en importrestriksjon. Se note 395.

¹⁴⁰ Premiss 66-67.

¹⁴¹ Premiss 66.

¹⁴² Se nærmere om diskusjonen i kapittel 13.2.

bruksforbud har den samme virkningen som et importforbud. Disse reguleringene må derfor undergis lik rettslig behandling.¹⁴³ *Kokott* henviste derimot til generaladvokatuttalelser som EF-domstolen ikke fulgte hva gjelder markedsadgangskriteriet.¹⁴⁴

Kokott presiserte ytterligere hva hun mente med at produktet ikke må utelukkes fra markedet. Etter hennes mening vil bruksforbud og bruksbegrensninger som fører til marginal bruk utelukke produktet fra markedet.¹⁴⁵

I relasjon til de svenske reglene mente *Kokott* at disse muligens førte til marginal bruk av vannscootere, og at reguleringen dermed utgjorde en importrestriksjon. Det måtte imidlertid være opp til den nasjonale domstolen å avgjøre dette spørsmålet.

Med *Kokotts* tilnærmingsmåte er det egentlig ikke nødvendig med en ny bruksreguleringskategori som skal behandles i tråd med *Keck*-doktrinen. Hun kunne like gjerne operert med to kategorier som skal omfattes av artikkel 28: reguleringer som diskriminerer utenlandske varer og reguleringer som utelukker produktets markedsadgang. Det ville gitt samme resultat. Å gå veien om bruksregulering som kategori er dermed en unødvendig komplisering av anvendelsen av artikkel 28. Det er nok noe av bakgrunnen for kritikken mot *Kokotts* uttalelse.¹⁴⁶ Man kan ikke av en regelkategori utelede hvilke faktiske virkninger en regulering vil ha på det indre markedet.

Generaladvokat *Kokott* foreslår altså en presisert *Keck*-doktrine for bruksrestriksjoner.

¹⁴³ Se kapittel 7.

¹⁴⁴ Generaladvokat *Jacobs* i *Leclerc-Siplec* og Generaladvokat *Stix-Hackls* forslag til avgjørelse i sak C-322/01 *Deutscher Apothekerverband*. Begge har forslått at det avgjørende for salgsreguleringer bør være om reguleringen ”significantly impedes access to the market”. *Kokott* gjør ikke rede for hva som er forskjellen mellom hennes markedsadgangskriterium og kriteriet til de nevnte generaladvokatene. Jeg vil imidlertid hevde at *Kokotts* kriterium er klarere og enklere å begrunne anvendelsen av. Det er vanskeligere å se hvor grensen går for *Jacobs* og *Stix-Hackls* kriterium.

¹⁴⁵ Begrepet ”marginal bruk” er kritisert i juridisk teori. Dette er nærmere kommentert i kapittel 6.4 og 8.

¹⁴⁶ Se for eksempel *Prete* (2008) side 155.

5.5 Generaladvokat Bots uttalelse i Mopedsaken – runde 2

På bakgrunn av Generaladvokat *Kokotts* uttalelse i *Vannscootersaken*, ble *Mopedsaken* vedtatt gjenåpnet og henvist til storkammer. Det førte samtidig til en ny generaladvokatuttalelse, nå fra Generaladvokat *Bot*. Hans uttalelse kom 8. juli 2008, etter omfattende prosedyre fra medlemslandene. Problemstillingen for ham var om bruksreguleringer skal behandles på samme måte som salgsreguleringer, altså i samsvar med *Keck*-doktrinen.¹⁴⁷

Innledningsvis presiserte *Bot* at *Mopedsaken* gjaldt et bruksforbud, mens *Vannscootersaken* gjaldt en bruksbegrensning. Forskjellen synes imidlertid ikke å ha noen betydning for vurderingstemaet til *Bot*, idet han fremholdt at *Keck*-doktrinen ikke skal utvides til verken bruksforbud eller bruksbegrensninger.¹⁴⁸

Bot understreket den meget vide forståelsen av begrepet ”tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon” som følger av *Dassonville*-formelen.¹⁴⁹ Han gjorde videre rede for EF-domstolens forsøk på å begrense bruken av vurderingstemaet. For det første var nasjonale bestemmelser som ivaretok formål av allmenn interesse og som ikke har noen forbindelse til ervervsmessige aktiviteter unntatt fra *Dassonville*-formelens anvendelsesområde.¹⁵⁰ Dernest viste han til *Keck*-doktrinen.¹⁵¹ *Bot* forklarte *Keck*-doktrinen som et forsøk fra EF-domstolen på å finne en passende avveining mellom fellesskapets ønske om å verne mot nasjonale, proteksjonistiske lover og ønsket om ikke å gripe inn i medlemslandenes innenrikspolitikk.¹⁵²

Bot uttrykte imidlertid skepsis til *Keck*-doktrinen. Hans innvendinger mot doktrinen kan oppsummeres i to punkter. For det første er en kategorisering av regler feil fordi

¹⁴⁷ Premiss 1.

¹⁴⁸ Premiss 43, 103 og 105.

¹⁴⁹ Premiss 56.

¹⁵⁰ Premiss 58-60.

¹⁵¹ Det er interessant at *Bot* viser til adekvansprinsippet når han senere redegjør for sin markedsadgangstest. Reguleringer som tilfredsstiller vilkårene i adekvansprinsippet faller utenfor hans markedsadgangsbegrep, jf. premiss 117.

¹⁵² Premiss 72-75.

restriksjonsspørsmålet er et spørsmål om hvordan bestemmelsene anvendes og om deres konkrete virkning på samhandelen. For det andre har *Keck*-doktrinen medført forskjellig vurderingstema for de fire frihetene. *Bot* etterlyste harmonisering av praksis, og ønsket markedsadgang som vurderingsnorm for samtlige fire friheter. Det er viktig ut fra ønsket om å etablere et felles europeisk marked og innføringen av et unionsborgerskap.¹⁵³

Deretter understreket *Bot* at dagens analyseskjema med *Dassonville* og *Cassis de Dijon* er tilstrekkelig. *Bot* ønsket likevel ikke å fravike behandlingen av salgsreguleringer i *Keck*, men ønsket samtidig ikke at *Keck*-doktrinen skal kunne anvendes på andre regelkategorier. Det begrunnet han med at saksmengden for EF-domstolen ikke har vært den samme for bruksreguleringer som for salgsreguleringer. Videre hevdet han at formålet bak EF-traktaten taler mot en ”ny” *Keck*-doktrine. *Bot* tok dessuten avstand fra en forståelse som begrenset domstolskontrollen av de tiltak som kan utgjøre en alvorlig hindring for samhandelen, og uttrykte et ønske om å proporsjonalitetsvurdere alle medlemsstatsreguleringer. Begrepet restriksjon må dermed forstås i videste forstand.¹⁵⁴ Jeg forstår *Bot* slik at han mener kompetansedelingen mellom EU og medlemsstatene ivaretas gjennom proporsjonalitetsvurderingen, slik at det ikke er behov for et ”tilskåret” restriksjonsbegrep.¹⁵⁵

Bot mente alle nasjonale tiltak bør vurderes ut fra hvilken innvirkning de nasjonale tiltakene har på produktenes markedsadgang, og at det således ikke bør opereres med ulike kategorier av regler.¹⁵⁶ Han pekte på at markedsadgangen er det underliggende vurderingstemaet i *Dassonville*-formelen, og at markedsadgangen også reelt sett er brukt

¹⁵³ Premiss 80-83.

¹⁵⁴ Premiss 85-100. *Bot* fremholdt likevel at spørsmålet i *Mopedsaken* ga EF-domstolen muligheten til å presisere *Keck*-doktrinen, jf. premiss 10. Det må etter min mening innebære en presisering av markedsadgangens betydning også for salgsformer.

¹⁵⁵ Premiss 101.

¹⁵⁶ Premiss 107.

som kriterium under *Keck*-praksisen.¹⁵⁷ På denne bakgrunn må bruksreguleringer behandles etter hvorvidt de hindrer markedsadgangen.¹⁵⁸

Med ”adgang til markedet” siktet *Bot* til en vurdering av om nasjonale bestemmelser hindrer, medfører ulemper for eller vanskeliggjør markedsadgangen mer for varer med opprinnelse i andre medlemsstater. Vurderingen skal være konkret og uten komplekse økonomiske vurderinger. Direkte diskriminering faller automatisk innenfor denne testen og utgjør en importrestriksjon. For øvrige nasjonale tiltak skal det foretas en konkret vurdering av virkningen på samhandelen.¹⁵⁹ Tiltak med en hypotetisk virkning, tiltak hvor virkningen er fullstendig usikker og indirekte og tiltak med helt ubetydelige virkninger utgjør ikke en importrestriksjon. Det er ikke nødvendig at det foreligger en faktisk eller vesentlig hindring. Det er tilstrekkelig med en mulighet for at det foreligger en hindring.¹⁶⁰ Det siste må innebære en presisering av hva som kreves for at markedsadgangen er hindret etter *Bots* forståelse. Det kan synes som om rent potensielle hindringer ikke er tilstrekkelig. I så måte er *Bots* markedsadgangsvurdering snevrere enn vurderingen som følger av en tradisjonell forståelse av *Dassonville*-formelen.

Bot understreket at bruksforbud er en åpenbar importrestriksjon. Videre fant han at bruksbegrensninger kan påvirke det berørte produktets adgang til markedet, selv om formålet med det nasjonale tiltaket ikke er å regulere varehandelen.¹⁶¹ Slike tiltak må falle innenfor traktatens anvendelsesområde.

¹⁵⁷ Premiss 129-130 og 151. I premiss 119-127 redegjorde *Bot* for bruk av markedsadgangsbegrepet for de øvrige frihetene.

¹⁵⁸ Premiss 104-105.

¹⁵⁹ Premiss 111-117. Til forskjell fra de franske og engelske versjonene, heter det i den danske versjonen kun at markedsadgangen er vanskeliggjort. *Bots* vurderingstema er tilnærmet likt vurderingstemaet for fri bevelighet av tjenester, personer og kapital, men for de sistnevnte heter det ofte ”forbyr, medfører ulemper for eller gjør det mindre attraktivt” å utøve friheten.

¹⁶⁰ Premiss 117, hvor *Bot* redegjør for praksis tilknyttet adekvansprinsippet. *Bots* henvisning til *Burmanjer* på dette punktet er noe ulogisk, idet han i premiss 116 fremholdt at artikkel 28 ikke rommer noen såkalt ”de minimis”-test. *Burmanjer* indikerer imidlertid at bagatellmessig indirekte diskriminering ikke anses som en importrestriksjon. Se kapittel 10.

¹⁶¹ Premiss 104-105.

I den konkrete saken fant *Bot* at de italienske reglene ”give rise to a substantial, direct and immediate obstacle to intra-Community trade.”¹⁶² Etter min mening kommer *Bots* tilnærming til markedsadgangsvurderingen klart frem her. Ved å si at bruksforbudet medfører en vesentlig, direkte og umiddelbar hindring for samhandelen, indikerte han at også andre og mindre inngripende bruksbegrensninger kan hindre samhandelen, men de vil ikke nødvendigvis være vesentlige.

Forholdet mellom *Bots* markedsadgangstest og *Dassonville*, *Cassis de Dijon* og *Keck* er uklart. På den ene side ønsket *Bot* å beholde dagens analyseskjema, inkludert *Keck*-doktrinen.¹⁶³ På den annen side lanserte han et helt nytt vurderingstema innenfor vareretten. Dette vurderingstemaet gir ingen plass til nettopp *Keck*-doktrinen. Når det gjelder *Dassonville*-formelen, er spørsmålet hva som ligger i *Bots* markedsadgangstest. Etter hans mening sikre dagens analyseskjema domstolskontroll med alle tiltak som medlemslandene tar.¹⁶⁴ En slik synsvinkel taler for at *Bot* mente å anlegge en bredest mulig markedsadgangsvurdering.¹⁶⁵ Samtidig innebærer *Bots* markedsadgangstest at det er tiltak som hindrer, medfører ulemper for eller vanskeliggjør markedsadgangen mer for utenlandske varer, som utgjør importrestriksjoner.¹⁶⁶ Anvendelse av et slikt kriterium tilsier en innsnevring av *Dassonville*-formelen, hovedsakelig ved bruk av adekvansprinsippet.¹⁶⁷

Sammenfatningsvis la *Bot* trolig til grunn en oppstrammet forståelse av *Dassonville*. Det er vanskelig å få tak på avgrensningen i *Bots* vurderingstema, hva som i praksis vil falle utenfor markedsadgangsbegrepet. Det som imidlertid synes klart er at *Bot* er for et vidt restriksjonsbegrep og at kompetansedelingen mellom EU og nasjonale myndigheter best ivaretas gjennom proporsjonalitetsprinsippet.

¹⁶² Premiss 159.

¹⁶³ Premiss 85, 93 og 151.

¹⁶⁴ Premiss 99.

¹⁶⁵ Premiss 151.

¹⁶⁶ Premiss 111.

¹⁶⁷ Premiss 117. *Bot* gjør imidlertid ikke noen nærmere rede for hvordan adekvansprinsippet skal forstås og anvendes.

5.6 Sammenligning av uttalelsene til Generaladvokat Bot og Generaladvokat Kokott

5.6.1 Innledning

Generaladvokat *Bots* uttalelse i *Mopedsaken* er et innlegg mot Generaladvokat *Kokotts* forslag til avgjørelse i *Vannscootersaken*. *Kokott* argumenterte for at en presisert *Keck*-doktrine skal komme til anvendelse på bruksreguleringer. *Bot* på sin side argumenterte mot denne løsningen, og for en bred og generell markedsadgangsvurdering. Det er lett å få det inntrykk at *Kokott* og *Bot* står langt fra hverandre i spørsmålet om bruksreguleringer. I dette kapittelet foretas en sammenligning av uttalelsene til *Kokott* og *Bot* for å se på realitetsforskjellene mellom dem.

5.6.2 Sammenligning

Med hensyn til reguleringer som diskriminerer, rettslig og faktisk, synes *Kokott* og *Bot* å være enige. *Bots* vurderingstema skiller ikke mellom diskriminering og hindringer av markedsadgangen, men det fremgår både av uttalelsen generelt og vurderingstemaet spesielt at diskriminerende bruksreguleringer utgjør en importrestriksjon.¹⁶⁸

Forskjellen mellom uttalelsene ligger dermed i en forskjellig vurdering av hvilke *ikke-diskriminerende* tiltak som hindrer markedsadgangen. Både *Kokott* og *Bot* la opp til en vurdering av markedsadgangen. Dette tilsier at det ikke er noen realitetsforskjell mellom uttalelsene. Det er imidlertid spørsmål om *Kokotts* markedsadgangstest er snevrere enn markedsadgangen til *Bot*.

Som tidligere nevnt, mente *Bot* at markedsadgangen er hindret hvor tiltaket hindrer, medfører ulemper for eller vanskeliggjør markedsadgangen mer for utenlandske produkter. Etter hans mening trenger ikke tiltaket faktisk eller vesentlig hindre markedsadgangen. Det må imidlertid være en mulighet for at det foreligger en hindring.

¹⁶⁸ *Bot* premiss 111 og 116.

Kokott på sin side mente markedsadgangen er hindret ved bruksforbud eller en bruksbegrensning som fører til marginal bruk av produktet. Det er et snevrere markedsadgangsbegrep enn det *Bot* foreslår. I klartekst betyr det at tiltak som etter *Bots* vurdering utgjør en importrestriksjon, ikke nødvendigvis utgjør en importrestriksjon etter *Kokotts* vurdering. Synet på hva som hindrer markedsadgangen er med andre ord ikke sammenfallende for de to. De ulike tilnærmingsmåtene har betydning for hva som kreves for at det foreligger en importrestriksjon.¹⁶⁹

Etter *Bots* vurdering vil selv ikke-diskriminerende tiltak som medfører ulemper for import og salg av utenlandske varer utgjøre en importrestriksjon. Etter *Kokotts* vurdering er dette ikke tilstrekkelig. Hun mener at ikke-diskriminerende tiltak må medføre at produktet er utelukket fra markedet for å utgjøre en importrestriksjon.

I et større perspektiv viser forskjellen mellom uttalelsene ulikt syn på rekkevidden av restriksjonsbegrepet og anvendelsesområdet for artikkel 28. *Bot* ser det som positivt at ethvert nasjonalt tiltak holdes opp mot fellesskapsretten. *Kokott* derimot ønsker et snevrere restriksjonsbegrep, slik at enkelte nasjonale tiltak rett og slett faller utenfor artikkel 28 under nærmere krav til begrunnelse. Meningsforskjellene om rekkevidden av artikkel 28 viser også hvilken utfordring EF-domstolen sto overfor i *Moped-* og *Vannscootersakene*, og hvilken grunnleggende uenighet det kan ha vært i dommerkollegiet.

¹⁶⁹ Se kapittel 12.

5.7 Kort om medlemslandenes standpunkter

I høringen til *Mopedssaken* ga medlemslandene Danmark, Frankrike, Hellas, Kypros, Sverige og Tyskland sin tilslutning til *Kokotts* tilnærming. ¹⁷⁰ Tilsynelatende støttet også Italia et snevert restriksjonsbegrep, idet de fremholdt at det bare er reguleringer som forbyr bruk av et produkt som omfattes av artikkel 28. Nederland foreslo en vurdering etter adekvansprinsippet, vurderingen av om virkningene på den frie bevegelsen av varer er for usikker og indirekte. Kommisjonen argumenterte derimot etter linjene til Generaladvokat *Bot*, om enn mer etter tradisjonell *Dassonville*-tilnærming. Kommisjonen fremholdt at produktkrav og bruksbegrensninger måtte vurderes etter *Dassonville*-formelen, mens absolutte eller nesten absolutte bruksforbud per definisjon utgjorde importrestriksjoner. Tsjekkia støttet denne tilnærmingen. ¹⁷¹

¹⁷⁰ Allerede i mars 2006 hadde Norge innlegg med *Keck*-tilnærming for bruksreguleringer i sak C-433/05 *Sandström*. (Saken er ennå ikke avgjort av EF-domstolen). Det var altså før *Kokott* ga sin uttalelse i *Vannscootersaken* i desember samme år. Norge fikk ikke ha innlegg i *Mopedssaken*, men hadde innlegg i tråd med *Kokotts* uttalelse i *Vannscootersaken*. Saken er av stor betydning for norske myndigheter, idet vannscootersaker har ligget og ventet i norske domstoler i påvente av EF-domstolens standpunkt vedrørende bruksreguleringer. Som nevnt har ESA hevdet at de norske vannscooterreguleringene utgjør en importrestriksjon etter EØS-avtalen artikkel 11. Se note 9.

¹⁷¹ *Mopedssaken* premiss 16-32.

6 EF-domstolens avgjørelser i Moped- og Vannscootersakene

6.1 Innledning

På bakgrunn av de vidt forskjellige generaladvokatuttalelsene til *Kokott* og *Bot*, var det knyttet stor spenning til EF-domstolens avgjørelser i *Moped- og Vannscootersakene*. Spørsmålet om behandlingen av bruksreguleringer var blitt et prinsippsspørsmål, hvor mange medlemsland hadde flagget sterke interesser. På grunn av spørsmålets prinsipielle karakter bestemte EF-domstolen å løfte *Mopedsaken* opp til storkammeravgjørelse.¹⁷² Mange mente heller *Vannscootersaken* burde vært avgjort i storkammer, fordi denne ble vurdert som bedre egnet til å trekke grensene for artikkel 28 enn *Mopedsaken*. I avgjørelsene har ikke EF-domstolen kommentert den forutgående debatten. Avgjørelsenes ordlyd og den svært lange saksbehandlingstiden tyder på at dommerne kan ha vært uenige.

6.2 Kort om traktatbruddssaker og forhåndsuttalelser

Mopedsaken og *Vannscootersaken* var etter EF-traktatens prosessuelle regler henholdsvis traktatbruddssak og forhåndsuttalelse. De ulike prosessformene har betydning for tolkningen av uttalelsene, i det EF-domstolens kompetanse er forskjellig for de ulike formene.¹⁷³

I traktatbruddssøksmål avgjør EF-domstolen om et medlemsland objektivt sett har handlet i strid med fellesskapsretten.¹⁷⁴ Kommisjonen har bevisbyrden for at det foreligger et traktatbrudd.¹⁷⁵ I prejudisielle tolkningsuttalelser uttaler EF-domstolen seg om hvordan fellesskapsregelen skal tolkes, men avgjør ikke den nasjonale tvisten som ligger til grunn for tolkningsspørsmålet.¹⁷⁶ I prejudisielle tolkningsuttalelser kan EF-domstolen formulere mer generelt hvordan EF-retten er å forstå. Det er opp til den nasjonale domstolen å avgjøre

¹⁷² Saken avgjøres av 9 dommere, jf. EF-domstolens statutter artikkel 17.

¹⁷³ Det samme gjelder for EFTA-domstolen.

¹⁷⁴ *Lenaerts/Arts/Maselis* (2006) side 128. Traktatbruddssaker er regulert i EF-traktaten artikkel 226 og 227. Tilsvarende ODA-avtalen artikkel 31 og 32 for EFTA-domstolen.

¹⁷⁵ *Lenaerts/Arts/Maselis* (2006) side 162.

¹⁷⁶ EF-traktaten artikkel 234 (ODA-avtalen 34).

saken.¹⁷⁷ Ved tolkning av EF-domstolens forhånduttalelser bør man være oppmerksom på at sakens realiteter ikke alltid har kommet godt nok frem for domstolen.¹⁷⁸

Videre vil rettskildevekten av EF-domstolens uttalelser og avgjørelser avhenge av om de er avsagt i storkammer eller i avdeling. Hvorvidt EF-domstolen skal sitte i avdeling eller storkammer er avhengig av vanskeligheten eller viktigheten av saken, eller andre særlige forhold rundt saken.¹⁷⁹ En storkammeravgjørelse kan ikke fravikes i avdeling, men den presiseres gjerne nærmere gjennom avdelingsavgjørelser.¹⁸⁰ Det ser man i *Moped- og Vannscootersakene*. *Vannscootersaken* ble avgjort i avdeling, og presiserer nærmere hvordan uttalelsene i storkammeravgjørelsen i *Mopedsaken* er å forstå.

Etter min mening er det med rette blitt hevdet at *Vannscootersaken*, ikke *Mopedsaken*, burde blitt avgjort i storkammer. Den prinsipielle problemstillingen vedrørende bruksreguleringer er hvordan bruksbegrensninger skal behandles, ikke behandlingen av bruksforbud. Bruksforbud utgjør kjernen av tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner. Bruksbegrensninger ligger randsonen.

¹⁷⁷ Det kan likevel spores en viss tendens i EF-domstolens praksis til at den uttaler seg om subsumsjonen i sakene den blir forelagt seg til tolkningsuttalelse. Det må ses i sammenheng med ønskene om ensartet praksis og at tolkningsuttalelsen skal gi veiledning.

¹⁷⁸ Slik *Arnesen/Stenvik (2009)* side 35-36. I sak C-47/90 kom EF-domstolen med en tolkningsuttalelse som antydte at spanske regler om korking av Rioja-vin måtte anses som en ulovlig eksportrestriksjon, samtidig som domstolen i et etterfølgende traktatbruddssøksmål kom til at eksportrestriksjonen likevel var lovlig, jf. sak C-388/95. Fra spanske myndigheters side synes saken å ha vært bedre prosedert og dokumentert under traktatbruddssaken. Det kan begrunne hvorfor EF-domstolen i traktatbruddssaken kom til motsatt resultat enn hva den antydte i tolkningsuttalelsen.

¹⁷⁹ EF-domstolens prosessreglement artikkel 44 nr. 3. EF-domstolen i storkammer består av ni dommere, mens EF-domstolen i avdeling av tre eller fem dommere, jf. EF-domstolens statutter artikkel 17. I gitte saker kan også EF-domstolen sitte i plenum (full court) med 15 dommere, jf. Statuttene til EF-domstolen artikkel 16 fjerde og femte ledd og artikkel 17.

¹⁸⁰ *Arnesen/Stenvik (2009)* side 36.

6.3 EF-domstolens avgjørelse i Mopedsaken

EF-domstolen fremførte sine rettslige synspunkter to steder, under ”Preliminary observations” og ”Findings of the Court”.

Under ”Preliminary observations” fremhevet EF-domstolen at tre prinsipper er fremtredende i EF-domstolens praksis: ikke-diskrimineringsprinsippet, prinsippet om gjensidig anerkjennelse av varer (mutual recognition) og prinsippet om å sikre felleskapsvarer fri adgang til de nasjonale markedene.¹⁸¹

EF-domstolen redegjorde under Preliminary Observations for tidligere praksis – *Dassonville*, *Cassis De Dijon* og *Keck* – for til slutt å konkludere med hvilke tilfeller som utgjør importrestriksjoner etter artikkel 28.¹⁸² For det første er det reguleringer hvor formålet eller effekten er å behandle utenlandske produkter mindre fordelaktig (”less favourably”). Det må forstås som diskriminering, til ugunst for utenlandske produkter, både direkte (formålet) og indirekte (effekten). Etter ordlyden omfattes også tiltak som hindrer markedsadgangen i større grad for utenlandske varer enn for innenlandske varer.¹⁸³ Det er en form for forskjellsbehandling.

For det andre fremholdt EF-domstolen at reguleringer som redegjort for i dommens premiss 35 utgjør importrestriksjoner. Denne premissen omhandler *Cassis de Dijon*. Domstolen sikter altså til regler om produktkrav. Dersom slike regler faller utenfor artikkel 28, innebærer det at utenlandske varer må være i samsvar med både egne nasjonale krav og importmarkedets produktkrav. Uten å gå inn på hvorvidt slike tiltak er diskriminerende, fant EF-domstolen i *Cassis de Dijon* at produktkrav utgjorde en importhindring. Avgjørelsen er en indikasjon på at selv ikke-diskriminerende tiltak kan utgjøre importhinder. *Cassis de Dijon* anlegger dermed et prinsipp om såkalt ”mutual recognition”,

¹⁸¹ Premiss 34.

¹⁸² Premiss 37.

¹⁸³ Som i sak C-34,35- og 36/95 *De Agostini* og sak C-405/98 *Gourmet*.

som innebærer at utenlandske varer kun trenger å oppfylle produktkrav i egen nasjonal lovgivning.¹⁸⁴

For det tredje og siste konkluderte EF-domstolen med at også alle andre tiltak som hindrer markedsadgangen, skal anses som tiltak med tilsvarende virkning som kvantitativ importrestriksjoner:

”Any other measure which hinders access of products originating in other Member States to the market of a Member State is also covered by that concept.”¹⁸⁵

Det er nærliggende å tolke domstolen slik at den opererer med tre kategorier: (1) tiltak som direkte eller indirekte diskriminerer utenlandske varer, (2) nasjonale tiltak som utgjør produktkrav og (3) alle andre tiltak som hindrer markedsadgangen til produktet.¹⁸⁶

Uttalelsen endrer tilsynelatende på tidligere sondringer, hvor distinksjonen mellom produktkrav og salgsformer har vært særlig sentral.¹⁸⁷ EF-domstolen etablerte ingen ny regelkategori, bruksreguleringer, som skal behandles på en spesiell måte etter artikkel 28.

EF-domstolen uttalte seg på generelt grunnlag ved å si at alle andre tiltak skal vurderes etter hvilken innvirkning de har på produktets markedsadgang. ”Any other measure” omfatter etter ordlyden også nasjonale tiltak som utgjør *salgsreguleringer*. Det reiser spørsmål om *Keck*-doktrinen fremtidige eksistens.¹⁸⁸

Uttalelsen om ”any other measure” vil også kunne brukes i fremtiden ved tvil om hvordan et nasjonalt tiltak skal vurderes i relasjon til reglene om fritt varebytte. Slik sett fremmet

¹⁸⁴ Dette gjelder likevel ikke dersom importstatens produktkrav kan begrunnes i hensynene i artikkel 30 eller allmenne hensyn.

¹⁸⁵ *Moped*saken premiss 37

¹⁸⁶ Det kan stilles spørsmålstegn ved behandlingen av produktkrav som en egen importrestriksjon i premiss 37. Produktkrav vil, avhengig av hvordan man vurderer dem, falle i en av de to andre kategoriene i premissen. Jeg vil tro EF-domstolen ønsket å presisere at rettspraksisen for produktkrav står fast til tross for de generelle uttalelsene i *Moped*saken. Uttalelsenes betydning for *Keck*-doktrinen og *Dassonville*-formelen er behandlet i del III.

¹⁸⁷ Se kapittel 13.2.

¹⁸⁸ Spørsmålet om *Moped*- og *Vannscooters*sakene endrer eller presiserer gjeldende doktriner, er behandlet i del III.

EF-domstolen hensynet til forutberegnelighet med uttalelsen sin. Implisitt uttalte EF-domstolen at det for fremtiden ikke skal etableres regelkategorier som presumeres å falle utenfor artikkel 28. Samtlige tiltak skal vurderes etter hvorvidt de hindrer markedsadgangen.

Det materielle innholdet av begrepet ”hindring av markedsadgangen” må fastsettes i lys av EF-domstolens uttalelser og vurderinger av saksforholdene i *Moped- og Vannscootersakene*. Fastleggelse av begrepets innhold er gjort i seg helhet i kapittel 8.

EF-domstolen understreket at de italienske reglene måtte vurderes på bakgrunn av prinsippene redegjort for under ”Preliminary observations”. Den italienske saken gjaldt regulering av *hvordan* tilhengere kunne benyttes i Italia.

EF-domstolen gjorde først et skille mellom tilhengere som bare kunne benyttes av motorsykler og tilhengere som også kunne benyttes av andre kjøretøyer. For sistnevnte gruppe tilhengere fant domstolen at Kommisjonen ikke hadde bevist at de italienske reglene hindret markedsadgangen. Det fremgår av avgjørelsen at Kommisjonen ikke hadde spesifisert om søksmålet gjaldt tilhengere som bare kunne brukes av mopeder eller om søksmålet gjaldt både for tilhengere som bare kunne brukes av mopeder og de som også kunne brukes av andre kjøretøy.¹⁸⁹ Kommisjonen hadde ikke gjort noen distinksjon mellom de ulike produktene, og dermed heller ikke ført bevis særskilt for tilhengere som også kunne brukes av andre kjøretøy. På denne bakgrunn hadde domstolen ikke tilstrekkelig faktisk grunnlag til å fastslå at reguleringen for disse tilhengerne, utgjorde en importrestriksjon.

Når det gjaldt tilhengere med flere bruksområder, utgjorde de italienske reglene en bruksbegrensning. Det følger dermed av EF-domstolens uttalelse at markedsadgangen er vurderingstema også for bruksbegrensninger. På dette punktet kan avgjørelsen ses i sammenheng med EF-domstolens uttalelse i *Vannscootersaken* om at bruksforbud og

¹⁸⁹ Premiss 51-52.

vesentlige bruksbegrensninger hindrer varens markedsadgang.¹⁹⁰ Det kan derfor argumenteres for at EF-domstolen ikke anså de italienske reglene som en vesentlig bruksbegrensning på dette punktet. Domstolens uttalelser om produkter med flere bruksområder har betydning for hvordan markedsadgangen som vurderingstema skal forstås.¹⁹¹

EF-domstolen gikk så over til å vurdere om forbud mot bruk av tilhengere spesielt designet for motorsykler var i samsvar med fellesskapsretten. Partene var enige om at tilhengernes eneste praktiske bruksområde var sammen med motorsykel/moped.

Domstolen fulgte opp uttalelsen fra ”Preliminary observations” om ”any other measure” da den vurderte den italienske regelen. Siden tilhengerregelen var ikke-diskriminerende, kunne de italienske reglene åpenbart ikke sies å være ”less favourably” for utenlandske varer. De utgjorde heller ikke et produktkrav i henhold til *Cassis de Dijon*. Bruksforbudet falt dermed i kategorien ”any other measure.”

Bruksforbudet hadde i følge EF-domstolen en betydelig innvirkning på forbrukeradferden, som igjen påvirket produktets adgang til markedet. Forbrukeren ville ikke ha noen interesse av produktet, med den følge at bruksforbudet hindret at det oppsto etterspørsel i markedet. Begrepet ”betydelig” er derfor ikke helt treffende karakteristikk for følgene av bruksforbudet. Som domstolen selv fremholdt: bruksforbudet medførte ingen etterspørsel. Domstolen konkluderte med at bruksforbudet hindret tilhengernes adgang til det italienske markedet, og var et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon.¹⁹²

EF-domstolen viste kun til *Vindusfilm* under den konkrete avgjørelsen av saken. *Vindusfilm* gjaldt et tilnærmet forbud mot bruk av mørk film på vinduene i kjøretøy.¹⁹³ Vindusfilmdommen ble avgjort med referanse til *Dassonville*-formelen. Spørsmålet er

¹⁹⁰ Se kapittel 6.4 og 8.

¹⁹¹ Se kapittel 8 og 9.

¹⁹² Premiss 56-58.

¹⁹³ Dommen er omtalt i kapittel 4.2.2.

hvilken betydning henvisningen til *Vindusfilmen* har for vurderingen av bruksreguleringer. På den ene siden trekker den i retning av at *Mopedsaken* hviler på formuleringene i *Dassonville*-formelen. Slik sett får *Dassonville*-formelen også anvendelse på bruksbegrensninger. På den annen side gjaldt *Vindusfilm* et bruksforbud, og *Dassonville*-formelens potensielt brede nedslagsfelt var ikke nødvendig for avgjørelsen av saken. Henvisningen til denne avgjørelsen kan derfor neppe ses som et uttrykk for at bruksbegrensninger skal behandles etter *Dassonville*-formelen. Både *Vindusfilm* og *Mopedsaken* gjaldt bruksforbud, og slike er etter fast praksis importrestriksjon.¹⁹⁴ Henvisningen til *Vindusfilmdommen* i *Mopedsaken* må leses på denne bakgrunnen.

Særlig to spørsmål reiser seg i lys av uttalelsene i *Mopedsaken*. For det første må innholdet i begrepet ”hinders market access” klarlegges. For det andre er spørsmålet hvilke bruksreguleringer som materielt sett utgjør et slikt markedshinder. Hvorvidt nasjonale bruksreguleringer omfattes av artikkel 28, er med andre ord avhengig av hvor bred markedsadgangsvurderingen er. Disse spørsmålene er nærmere behandlet i kapittel 8 og 9. Løsrevet fra problemstillingen om bruksreguleringer, er spørsmålet om den generelle betydningen av EF-domstolens uttalelser i *Mopedsaken* premiss 37. Denne premissen synes å være en presisering av det materielle innholdet av artikkel 28. EF-domstolen kommenterer imidlertid ikke forholdet mellom etablerte doktriner – *Keck*-doktrinen og *Dassonville* – og disse uttalelsene. Problemstillingen er behandlet i del III.

¹⁹⁴ Se kapittel 7.

6.4 EF-domstolens avgjørelse i Vannscootersaken

Forhåndsuttalelsen i *Vannscootersaken* kom 4. juni 2009, avsagt i avdeling på fem dommere. Kun avdelingens president, dommer Timmermans, deltok også i *Mopedssaken*. Avgjørelsen bygger i all hovedsak på uttalelsene i *Mopedssaken*. I *Vannscootersaken* presiserte imidlertid EF-domstolen rettstilstanden etter *Mopedssaken*, og videreutviklet premissene i denne avgjørelsen.

Problemstillingen domstolen skulle ta stilling til, var om den svenske reguleringen av vannscooterbruk var i tråd med EF-retten. Svensk lovverk tillot bruk av vannscooter i offentlige skipsleder. Andre steder måtte myndighetene åpne for bruk. Det forelå dermed en regulering av *hvor* produktet kunne brukes.

EF-domstolen vurderte først om direktiv 94/25/EF(fritidsbåtdirektivet) – som regulerer de tekniske spesifikasjonene til vannscootere – skal tolkes slik at det forhindrer nasjonale regler som regulerer bruk av vannscootere. EF-domstolen fastslo at direktivet artikkel 2 (2) åpner for nasjonale bruksreguleringer av hensyn til blant annet miljø og sikkerhet. Slike reguleringer kan imidlertid ikke regulere utforming og tekniske krav til vannscootere. Dette reguleres av direktivet. Bruksreguleringer i medhold av direktivet må imidlertid være i tråd med EF-traktatens øvrige bestemmelser. EF-domstolen vurderte dermed de svenske vannscooterreglene etter artikkel 28.

I premiss 24 gjentok EF-domstolen sine holdepunkter i *Mopedssaken* premiss 37, herunder at markedsadgangen er avgjørende for alle andre tiltak enn tiltak som forskjellsbehandler utenlandske og innenlandske varer eller som utgjør produktkrav. Dette er en bekreftelse av rettstilstanden etablert i *Mopedssaken*.

Den svenske reguleringen utgjorde ikke et produktkrav. Om reglene hadde til formål eller effekt å behandle utenlandske produkter mindre gunstig, måtte den nasjonale domstolen ta

stilling til.¹⁹⁵ Domstolen vurderte ikke spørsmålet om forskjellsbehandling mer inngående. Den gikk derimot over til vurderingen av om produktets markedsadgang var hindret. Det markerer at EF-domstolen ikke fant tegn til forskjellsbehandling i materialet forelagt seg.¹⁹⁶

For vurderingen av om de svenske reglene hindret vannscooterens markedsadgang, ga EF-domstolen samme begrunnelse som i *Mopedssaken*. Avhengig av bruksreguleringens rekkevidde,¹⁹⁷ kan den ha en betydelig påvirkning av etterspørselen etter produktet, som igjen påvirker produktets markedsadgang. Forbrukere vil kun ha en begrenset interesse i produktet dersom de vet at bruksmulighetene er svært begrenset. EF-domstolen konkluderte deretter at hvor bruk er forbudt eller vesentlig begrenset, vil bruksreguleringen hindre produktets markedsadgang, og de utgjør en importrestriksjon.¹⁹⁸ Det var opp til den nasjonale domstolen å avgjøre om de svenske vannscooterreglene utgjorde en importrestriksjon.

EF-domstolen ga tilsynelatende også anvisning på hvordan vurderingen av bruksreguleringer skal skje. Avgjørende for vurderingen må være det reelle bruksområdet, ikke det formelle. Det fremgår av premiss 25. Domstolen fremhevet her at på søksmålstidspunktet var kun offentlige skipsleder åpne for vannscooterbruk. Det formelle bruksområdet – under unntaksvurderingen opplyst å være 300 offentlige skipsleder¹⁹⁹ – ble ikke nærmere kommentert. Derimot refererte domstolen partenes og Kommisjonens innsigelser om at vannscooterbruk i de offentlige skipsledende var risikofylt og at størstedelen av de seilbare områder i Sverige ikke var offentlige skipsleder. EF-domstolen uttalte deretter: ”The actual possibilities for the use of personal watercraft in Sweden are, therefore, merely marginal.” Det er usikkert om EF-domstolen her fortsatt refererte partene og Kommisjonens syn, eller om dette var domstolens syn på de aktuelle reglene. Uansett kan det være grunn til å forstå domstolen slik at hvor det reelle bruksområdet for produktet

¹⁹⁵ Premiss 26.

¹⁹⁶ EF-domstolen synes implisitt å avslå Kokotts forslag til proteksjonismevurdering, se kapittel 5.4.

¹⁹⁷ At bruksreguleringens rekkevidde er av betydning fremkommer ikke i den danske versjonen av uttalelsen. Derimot både i den engelske, franske og svenske.

¹⁹⁸ Premiss 26-28.

¹⁹⁹ Premiss 35.

er ”merely marginal”, foreligger det en ”vesentlig bruksbegrensning”, som igjen hindrer produktets markedsadgang. Momenter i markedsadgangsvurderingen for bruksreguleringer er behandlet i kapittel 9.

Det er verdt å merke seg at begrepet ”marginal use” også er i samsvar med *Kokotts* begrepsbruk i hennes forslag til avgjørelse i *Vannscootersaken*. *Kokott* fremholdt også at det var sterke holdepunkter for at de svenske reglene kun medførte marginal bruk av produktet, og at det derfor forelå en importrestriksjon.²⁰⁰

EF-domstolen presiserte hvordan begrepet hindring av markedsadgang er å forstå for vurderingen av bruksreguleringer, gjennom uttalelsene om vesentlig bruksbegrensninger. Det er nærliggende å anta at uttalelsene er ment å markere en grense mellom bruksreguleringer som utgjør og bruksreguleringer som ikke utgjør en importrestriksjon. Dersom dette ikke var domstolens ønske, var uttalelsene unødvendige. I så fall kunne rett og slett *Dassonville*-formelen blitt videreført for bruksreguleringer.

Vurderingstemaet lagt til grunn av EF-domstolen i *Vannscootersaken*, reiser to hovedproblemstillinger. For det første hvordan markedsadgangsbegrepet, herunder ”vesentlig bruksbegrensning”, nærmere skal forstås.²⁰¹ For det andre hvordan denne avgjørelsen forholder seg til EF-domstolens adekvansavgjørelser og praksisen om reguleringer med bagatellmessige virkning på samhandelen.²⁰²

²⁰⁰ *Kokott* premiss 68-71.

²⁰¹ Se kapittel 8 og 9.

²⁰² Henholdsvis kapittel 11 og kapittel 10.

7 Bruksforbud – alltid importrestriksjon

7.1 Innledning

I dette kapittelet skal det redegjøres for hvordan EF-domstolen har behandlet nasjonale reguleringer som utelukker et produkt fra markedet, og hvorfor slike reguleringer må utgjøre en importrestriksjon. *Mopedsaken* går inn i en rekke av konsistent praksis.

7.2 Bruksforbud

Etableringen av et indre marked innebærer at en økonomisk aktør skal kunne utvide sin virksomhet fra et marked i fellesskapet til et annet. Det skal derfor være fri adgang mellom de nasjonale markedene i fellesskapet.²⁰³ Bruksforbud innebærer at et produktmarked nektes opprettet i en medlemsstat. Det vil ikke være noe marked å utvide sin virksomhet til. Bruksforbud hindrer dermed etableringen av et indre marked.²⁰⁴

For å sikre etableringen av et indre marked, har EF-domstolen for det første fremholdt at et definitivt forbud utgjør en importrestriksjon. I *Henn & Darby* fant EF-domstolen det klart at artikkel 28 rammer importforbud siden dette er den mest ekstreme formen for restriksjon et medlemsland kan ha.²⁰⁵ Saken gjaldt et britisk importforbud mot pornografisk materiale. Importforbud utgjør i følge EF-domstolen en kvantitativ importrestriksjon.

Salgsforbud²⁰⁶ og bruksforbud har samme virkning som et importforbud²⁰⁷: det etableres ikke noe marked for varen i det aktuelle medlemslandet. Slike reguleringer må utgjøre en

²⁰³ *Mopedsaken* premiss 34, hvor EF-domstolen fremhevet prinsippet om fri adgang for fellesskapsvarer til det nasjonale markedet. *Enchelmaier* (2003) side 294-295.

²⁰⁴ Motsatt *Horsley* (2009) side 2014, som mener at opprettelsen av et produktmarked ikke er i kjernen av hva artikkel 28 omfatter.

²⁰⁵ Sak 34/79 premiss 12 og 13.

²⁰⁶ *Barnard* har satt spørsmålsteget ved om argumentene i *Henn & Darby* kan overføres til salgsforbud, jf. *Barnard* (2007) side 160. Dette beror på hvordan man forstår *Keck* og hvilken betydning markedsadgangen har under *Keck*-doktrinen. Dersom man forstår *Keck* slik at *Keck*-doktrinen kun kommer til anvendelse hvor produktet har kommet inn på det nasjonale markedet, vil argumentasjonen i *Henn & Darby* kunne overføres til salgsforbud. Etter min mening er det klart at *Keck* må forstås slik. Salgsforbud behandles dermed på samme måte som importforbud. Det kan også hevdes at salgsforbud ikke bare er en "begrensning eller forbud

importrestriksjon etter artikkel 28, selv om reguleringene er ikke-diskriminerende.²⁰⁸ *Toolex*, *Vindusfilm* og *Mopedsaken* bekrefter at bruksforbud skal behandles på samme måte som et importforbud.²⁰⁹

For det andre har EF-domstolen funnet at midlertidige salgsforbud utgjør en importrestriksjon. Slik regulering utelukker i et begrenset tidsrom en vare fra markedet fordi den forbyr salg. Dette var tilfelle i *Cinéthèque*, som gjaldt fransk lovgivning som for en viss tidsperiode forbød salg eller utleie av materiale vist på kino.²¹⁰ EF-domstolen fant at et slikt forbud skapte hindringer for samhandelen, og derfor ikke var i samsvar med artikkel 28.²¹¹ Midlertidige bruksforbud må behandles på samme måte.²¹²

For det tredje og siste utgjør også betingede forbud en importrestriksjon. Det er ordninger som hviler på et forbud, men hvor det er adgang til å gjøre unntak fra forbudet under visse forutsetninger, for eksempel gjennom registrering eller lisensiering. I *Toolex* fant EF-domstolen at forbudet mot industriell bruk av produkter som helt eller delvis inneholdt trikloretylen var i strid med artikkel 28. Det samme gjaldt unntaksordningen som fulgte av den svenske reguleringen. Byrden det innebar å søke om unntak og dispensasjon fra et

mot visse salgsformer”, slik at *Keck*-doktrinen ikke kommer til anvendelse på salgsforbud, jf. *Bekkedal* (2007) side 121.

²⁰⁷ Hva gjelder importforbud, kan man ha et innenlandsk marked fordi det finnes innenlandsk produksjon, men det er uten betydning i denne sammenhengen. Forskjellen ville hatt betydning dersom artikkel 28 kun var et diskrimineringsforbud. Et importforbud ville fortsatt utgjort en importrestriksjon. Bruksforbud og salgsforbud ville derimot vært ikke-diskriminerende og falt utenfor artikkel 28. *Barnard* (2007) side 160 hevder at salgsforbud og importforbud ikke nødvendigvis har samme virkning. Hun eksemplifiserer det med at salg kan være forbudt, samtidig som import til et bestemt formål er tillatt. Mot dette kan det hevdes at dersom import er tillatt for et bestemt forbud, så snakker man ikke lenger om et rent importforbud. Da vil heller ikke en slik regulering være tilsvarende et salgsforbud.

²⁰⁸ Det er hevdet at dersom salgsforbud skal behandles på lik linje som i *Henn & Darby*, vil salgsforbud bare kunne opprettholdes i hensynene opplistet i artikkel 30, jf. *Barnard* (2007) side 160. Det samme argumentet vil formodentlig også gjelde bruksforbud. Etter min mening er standpunktet ikke nødvendigvis riktig. Importforbud er i prinsippet opprinnelsesbasert regulering. Det kan foreligge et importforbud mot en vare, mens salg av tilsvarende innenlandsk produsert vare fortsatt er lovlig. Derimot vil bruksforbud og salgsforbud i utgangspunktet være opprinnelsesnøytrale. På denne bakgrunn må bruks- og salgsforbud kunne begrunnes i medhold av læren om allmenne hensyn. *Mopedsaken* premiss 59 bekrefter at bruksforbud kan begrunnes i læren om allmenne hensyn.

²⁰⁹ Se kapittel 4.2.2 og 6.3.

²¹⁰ Sakene 60 og 61/84.

²¹¹ Premiss 22.

²¹² Slik også *Kokott* i hennes forslag til avgjørelse i *Vannscootersaken* premiss 70.

generelt bruksforbud utgjorde også en importrestriksjon.²¹³ Mulighetene for å gjøre individuelle unntak fra bruksforbudet, medfører ikke at reguleringen faller utenfor artikkel 28. Omfanget av dispensasjonsmulighetene synes ikke å være av betydning.²¹⁴

Det er et spørsmål om bruksbegrensninger skal behandles på samme måte som betingede bruksforbud. Resonnementet må i så fall være at det ikke er noen forskjell på den faktiske tilstanden ved en bruksbegrensning og ved unntaksordninger som hviler på et bruksforbud. Etter min mening kan bruksbegrensninger ikke sammenlignes med unntaksordninger som hviler på et bruksforbud. Ved en bruksbegrensning hviler ikke rettstilstanden på et bruksforbud. En bruksbegrensning er ikke utslag av individuelle unntak fra et bruksforbud. Ved bruksbegrensninger er det ikke nødvendig å gjennomgå noen prosedyre for å bruke produktet. Bruker, importør eller selger har ingen ekstrakostnader eller andre ulemper ved at det foreligger en bruksbegrensning. Det vil si at en bruksbegrensning ikke er samme type regulering som et betinget bruksforbud. Bruksbegrensninger skal derfor ikke behandles som et betinget bruksforbud.²¹⁵

Bruksforbud er altså etter EF-domstolens praksis en importrestriksjon, siden reguleringen hindrer at det oppstår et produktmarked i en medlemsstat. Det samme gjelder hvor forbudet kun er midlertidig eller betinget. Det gjelder selv om reguleringen er ikke-diskriminerende.²¹⁶ *Mopedsaken* er dermed i tråd med denne praksisen. Praksisen er også i tråd med formålet i EF-retten, at produkter fritt skal kunne krysse grensene til et annet medlemslands marked. Totalforbud medfører at det ikke oppstår noe produktmarked i reguleringsstaten, og det er derfor ikke noe marked å komme inne på. Man er da i kjernen av hva som utgjør en importrestriksjon.²¹⁷ Lokale bruksforbud er imidlertid ikke uten videre en importrestriksjon. Problemstillingen er behandlet i kapittel 9.4.

²¹³ *Toolex* premiss 37.

²¹⁴ Slik *Bekkedal* (2007) side 123.

²¹⁵ Se nærmere om dispensasjonsordninger i kapittel 9.6.

²¹⁶ Slik også *Dashwood* (2002) side 38 og *Enchelmaier* (2003) side 299.

²¹⁷ Se imidlertid kapittel 10 om geografisk avgrensede bruksforbud, som ikke nødvendigvis vil utgjøre en importrestriksjon.

Den rettslige vurderingen av bruksforbudet i *Mopedsaken* klargjør imidlertid ikke grensene for begrepet ”hindring av markedsadgangen” som vurderingstema. Nedenfor vil jeg foreta en nærmere tolkning av begrepet og hvordan det får anvendelse på bruksbegrensninger.

8 Bruksbegrensninger – hindring av markedsadgangen

8.1 Innledning

I *Mopedsaken* premiss 37 fremholdt EF-domstolen at diskriminerende tiltak, produktkrav og alle andre tiltak som hindrer²¹⁸ produktets markedsadgang utgjør importrestriksjoner. Ikke-diskriminerende bruksbegrensninger må vurderes etter hvorvidt de hindrer produktets markedsadgang.

Hvordan ”hindring av markedsadgangen” skal forstås, er altså avgjørende for rekkevidden av artikkel 28. Begrepet ”hindring av markedsadgangen” kan omfatte mange bruksreguleringer. EF-domstolen presiserte imidlertid innholdet i begrepet ved å påpeke at det rammer reguleringer som forbyr eller vesentlig begrenser bruken av et produkt. Dette forklares med at bruksreguleringer, avhengig av deres rekkevidde, har en betydelig påvirkning på forbrukeradferden.²¹⁹ EF-domstolens begrepsbruk i *Moped- og Vannscootersakene* gir klare holdepunkter for at det skal trekkes en grense mellom bruksreguleringer som utgjør en importrestriksjon, og de som ikke gjør det. I dette kapitlet vil jeg vurdere hvordan ”hindring av markedsadgangen” nærmere skal forstås for bruksbegrensninger.²²⁰

Først i kapitlet vil jeg imidlertid komme med noen generelle betraktninger på begrepet ”markedsadgang”. Begrepet er etter min mening uklart, og gir domstolen handlingsrom i kommende saker.

EF-domstolens uttalelser i *Mopedsaken* premiss 37, referert ovenfor, er imidlertid av generell karakter, ikke bare begrenset til å gjelde bruksreguleringer. Det er en

²¹⁸ Engelsk ”hinders”, svensk ”hindrar”, fransk ”entrave” og dansk ”hindrer”.

²¹⁹ *Vannscootersaken* premiss 26-28, engelsk ”greatly”, svensk ”kraftig”, fransk ”fortement”, dansk ”væsentligt”.

²²⁰ *Vannscootersaken* premiss 26 og 28.

problemstilling om disse uttalelsene endrer etablerte doktriner innenfor artikkel 28.²²¹
Denne problemstillingen utskytes til del III.

8.2 Hva ligger i begrepet markedsadgang?

”Hindring av markedsadgangen” er benyttet som vurderingstema i *Moped- og Vannscooteravgjørelsene*. Som allerede antydnet, er det usikkert hva vurderingstemaet innebærer.²²²

Selve begrepet ”markedsadgang” brukes stadig vekk av domstolen,²²³ dens generaladvokater²²⁴ og i juridisk teori.²²⁵ Det er imidlertid benyttet i kombinasjon med forskjellige uttrykk. Det har gitt restriksjonsbegrepet ulikt innhold, for eksempel ”prevent market access”,²²⁶ ”hinders market access”,²²⁷ ”directly affects access to the market”,²²⁸ ”substantial restriction on the access to the market”.²²⁹ Begrepet ”markedsadgang” synes ikke å ha avgjørende betydning i noen av tilfellene. Restriksjonsbegrepet kunne eksempelvis heller vært omtalt som å ”utelukke import av utenlandske produkter”, som en ”hindring på samhandelen” eller en ”betydelig hindring på samhandelen”.²³⁰ Det er dermed lett å si seg enig i at begrepet ”markedsadgang” er et diplomatisk valg fra domstolens side, hvor den tilfredsstiller kritikerne av et rent diskrimineringsforbud, samtidig som begrepet

²²¹ Især *Keck*-doktrinen, men også *Dassonville*-formelen.

²²² Slik også *Snell* (2003) side 330 og *Horsley* (2009) side 2014. Se om nærmere om begrepet i *Spaventa* (2004) og *Spaventa* (2007). *Snell* har i en upublisert artikkel vurdert domstolens bruk av begrepet ”markedsadgang”. Han konkluderer med at begrepet ikke er tjenelig til å bestemme anvendelsesområdet for artikkel 28.

²²³ I blant annet *Keck* (varer), sak C-384/93 *Alpine Investment* (tjenester), sak C-415/93 *Bosman* (personer), sak C-442/02 *CaixaBank* (etablering), sak C-518/06 *Kontraheringspliktsaken* (etableringer og tjenester) og *Moped- og Vannscootersakene* (varer).

²²⁴ Blant annet av Generaladvokatene *Bot* i *Mopedsaken*, *Kokott* i *Vannscootersaken*, *Jacobs* i *Leclerc-Siplec*, *Maduro* i forslag til avgjørelse i sakene C-158 og 159/04 *Alfa Vita*. Generaladvokater har også benyttet begrepet i uttalelser om de andre frihetene.

²²⁵ Blant annet *Weatherill* (1996) side 897, *Barnard* (2001) side 53 og 54, *Tryfonidou* (2007) side 181, *Prete* (2008) side 149 og 150, *Straetmans* (2009) side 105.

²²⁶ *Keck* premiss 17.

²²⁷ *Mopedsaken* premiss 37.

²²⁸ *Alpine Investment* premiss 38.

²²⁹ Generaladvokat *Jacobs* i *Leclerc-Siplec* premiss 42.

²³⁰ Slik *Snell* (upublisert).

bærer bud om at restriksjonsbegrepet ikke skal være for vidt.²³¹ Sistnevnte er ikke nødvendigvis riktig. Et begrep som ”hindring av markedsadgangen” kan lett stå i fare for å favne ethvert tiltak som berør økonomisk handlefrihet, med andre ord i tråd med den tradisjonelle forståelsen av *Dassonville*-formelen.

Bruk av begrepet ”markedsadgang” er altså ikke ensartet. Det kan derfor hevdes at begrepet er uegnet til å klargjøre rekkevidden av restriksjonsbegrepet i artikkel 28.²³² Etter min mening er det snarere slik at begrepet tilslører problemstillingen og gjør grensene for artikkel 28 uklare. Begrepet ”markedsadgang” er rett og slett ikke nødvendig for problemstillingen om ikke-diskriminerende tiltak utgjør en importrestriksjon. Problemstillingen kan formuleres uten bruk av ordet ”markedsadgang”:

Problemstillingen er om artikkel 28 *kun* får anvendelse på *ikke-diskriminerende* reguleringer som *utelukker import* av produkter fra andre medlemsstater,²³³ eller om det er *tilstrekkelig* at reguleringen medfører vanskeligheter eller ulemper for den som ønsker å importere eller selge utenlandske varer på markedet i et annet medlemsland, slik at samhandel over landegrensene dermed blir mindre attraktivt.

Denne problemstillingen er altså av mange formulert som et spørsmål om markedsadgang. Illustrerende er generaladvokatuttalelsene i *Moped- og Vannscootersakene*. *Kokott* forslår at ikke-diskriminerende tiltak skal vurderes etter om de utelukker import av produkter fra andre medlemsstater.²³⁴ *Bot* forslår derimot at man må foreta en bredere vurdering av hvilke ulemper bruksreguleringer medfører for markedsaktørene.²³⁵ ”Betydelig hindring på

²³¹ Slik *Snell* (upublisert).

²³² Man bør være oppmerksom på at noen også inkluderer diskriminering i markedsadgangsbegrepet, mens andre holder det utenfor. Se eksempelvis forskjellen mellom *Bot* i *Mopedsaken* og *Kokott* i *Vannscootersaken*.

²³³ Ved en slik formulering unngår man spørsmålet om begrepet ”utelukker markedsadgang”/”prevent market access” også rammer tilfellene hvor det ikke er noe produktmarked i en annen medlemsstat, og det derfor blir kunstig å omtale tilfellet som en utelukkelse fra markedet.

²³⁴ Slik forståelse av restriksjonsbegrepet har også *Weiler* (2000) side 228 og *Enchelmaier* (2007) side 128. *Enchelmaier* har imidlertid en snevrere forståelse av begrepet enn *Kokott*. *Enchelmaier* mener det kun er totalforbud som utelukker markedsadgang.

²³⁵ *Bot* premiss 105. *Prete* (2008) side 149-150. *Straetmans* (2009) side 105 argumenterer også tilsynelatende for en bred markedsadgangstest.

markedsadgangen” er også forslått som vurderingstema, for slik å begrense rekkevidden av artikkel 28.²³⁶ I det følgende vil jeg for klarhetens skyld ikke benytte begrepet markedsadgang, men holde meg til begrepene ovenfor: *utelukke import* av varer fra andre medlemsland og *medføre ulemper* for selger og importør av utenlandske varer.

8.3 Restriksjonsbegrepet i Moped- og Vannscootersakene

8.3.1 Innledning

Begrepet ”hindring av markedsadgangen” må forstås i lys av EF-domstolens øvrige uttalelser i *Moped- og Vannscootersakene*.²³⁷ Det foreligger to tolkningsalternativer: ikke-diskriminerende bruksreguleringer som utelukker import av et produkt og ikke-diskriminerende bruksreguleringer som medfører en betydelig ulempe for import og salg av utenlandske produkter.

8.3.2 Tolkningalternativ 1: utelukker formelt eller reelt import

En mulig tolkning av ”hindring av markedsadgangen” er at kun bruksbegrensninger som er tilnærmet et bruksforbud, utgjør en importrestriksjon. Øvrige bruksbegrensninger utgjør importrestriksjoner bare hvis de direkte eller indirekte forskjellsbehandler utenlandske produkter. En slik forståelse av ”hindring av markedsadgangen” innebærer at restriksjonsbegrepet forstås som de tiltak som formelt eller reelt utelukker import av produkter fra andre medlemsstater.

Det skal erkjennes at ordlyden i selve vurderingstemaet – *hinders market access* – tilsier en bredere vurdering enn det dette tolkningsalternativet gir anvisning på.²³⁸ Dette begrepet

²³⁶ Generaladvokat *Jacobs* i *Leclerc-Siplec* argumenterte for en ”betydelig hindring av markedsadgangen”. *Tryfonidou* (2007) side 181-182. *Peršin* (2008) side 39. *Tryfonidou* mener at vurderingen må baseres på økonomisk analyse.

²³⁷ *Spaventa* (2009)b side 924 ser ingen presisering av markedsadgangsbegrepet i *Moped- og Vannscootersakene*, og legger derfor til grunn at ”hindring av markedsadgangen” er et bredt konsept. I samme retning *Pecho* (2009) side 264. *Pecho* er juridisk utreder i kabinettet til dommer Klučka, som var dommer i Vannscootersaken. Motsatt *Horsley* (2009) side 2015 og *Snell* (upublisert). Se også kommentarer hos *Barnard* (2009) og *Shuibhne* (2009)

²³⁸ Teoretikere til fordel for dette standpunktet, se note 235.

omfatter ikke nødvendigvis bare bruksforbud og bruksbegrensninger som er tilnærmede bruksforbud. Det ville vært mer naturlig å benytte seg av uttrykket ”hinder completely or almost completely access to the market”²³⁹ eller ”prevent access to the market”²⁴⁰ som generelt vurderingstema dersom det er slike bruksreguleringer som skal omfattes. En innvending er at EF-domstolens språkbruk ikke nødvendigvis skal fintolkes.²⁴¹ For det første kan EF-domstolen variere språkbruken sin, slik at avgjørende vekt ikke kan legges på om det ene eller andre begrepet er benyttet. For det andre må det ikke undervurderes at EF-domstolens avgjørelser kommer på 23 språk, slik at man ikke kan legge avgjørende vekt på språklige detaljer. For det tredje må man også være åpen for at ordlyden kan være et kompromiss mellom dommerne i saken for å enes om en avgjørelse.²⁴²

Av de samme grunner tror jeg heller ikke man skal fintolke begrepet ”vesentlig bruksbegrensning”. Begrepet innebærer naturligvis at ikke alle bruksreguleringer hindrer produktets markedsadgang. Språklig sett kan også ”vesentlig bruksbegrensning” forstås som mer enn bare bruksbegrensninger som reelt sett er bruksforbud.

Etter min mening er det sterke grunner for å forstå begrepet ”vesentlig bruksbegrensning” som bruksbegrensninger som er tilnærmede bruksforbud.

Tolkningsalternativet er i tråd med prinsippet om å sikre varer fra andre medlemsland fri adgang til markedet i de ulike medlemslandene. Varer som er lovlig produsert og i omsetning i en medlemsstat, skal fritt kunne selges i andre medlemsstater. EF-domstolen viste til dette prinsippet i *Mopedssaken* premiss 34. Domshenvisningene i den sammenheng, taler for at prinsippet skal forstås som tiltak som utelukker import av utenlandske

²³⁹ Anført som vurderingstema av Tyskland i *Mopedssaken*

²⁴⁰ Generaladvokat Kokott i *Vannscootersaken* premiss 66 og *Keck*-avgjørelsen premiss 17.

²⁴¹ Slik også *Sejersted* i *EØS-retten* (2004) side 43.

²⁴² Se motsatt *Pecho* (2009) side 263, som mener ”hinders market access” innebærer en utvidelse av anvendelsesområdet for artikkel 28 og at dette var et veloverveid valg fra domstolens side. Valget av begreper kan nok like gjerne være et kompromiss for å komme til enighet.

produkter. Henvisning var gjort til saker hvor tiltak utelukket slik import.²⁴³

Tolkningsalternativet er dermed i tråd med hensynene bak det indre markedet.

Tolkningsalternativet støttes videre av saksforholdet EF-domstolen uttalte seg om i *Vannscootersaken*. De svenske reglene tillot formelt sett en nokså utstrakt bruk av vannscooter. EF-domstolen ga klare indikasjoner på at det er det reelle bruksområdet som skal vurderes. Det uttales at de svenske reglene kun medførte marginal bruk av produktet.²⁴⁴ Begrepet ”marginal use” som domstolen bruker her er tilsvarende Generaladvokat *Kokotts* begrepsbruk i samme sak. Hun mente bruksforbud og bruksbegrensninger som medfører marginal bruk utelukker import (”prevent market access”). *Kokott* mente det var sterke grunner for å si at de svenske reglene medførte marginale bruksmuligheter.

Denne forståelsen av ”hindring av markedsadgangen” er også i tråd med forståelsen av markedsadgangsbegrepet i *Keck*-doktrinen, jf. ”prevent market access”. Vurderingen av om bruksreguleringer utgjør en importrestriksjon kan ikke være videre enn vurderingen av om salgsreguleringer utgjør en importrestriksjon. Salgsreguleringer er i større grad knyttet til samhandelen i fellesskapet enn det bruksreguleringer er.

”Hindring av markedsadgangen” forstått som bruksforbud og bruksbegrensninger som er tilnærmet et bruksforbud leder også til en enkel praktiserbar regel. Vurderingen baseres på selve regelen og dens anvendelse. Dette er i samsvar med EF-domstolens uttalelser vedrørende den svenske lovgivningen i *Vannscootersaken*.²⁴⁵ Tolkningsalternativet unngår en kvantitativ vurdering av hvor stor etterspørselssvikt bruksreguleringen medfører.²⁴⁶

”Hindring av markedsadgangen” basert på hvor stor etterspørselssvikt som utgjør en importrestriksjon, fordrer en annen og mer komplisert vurdering, enn om vurderingen er hvorvidt reguleringen er tilnærmet et bruksforbud. I den forbindelse bemerkes at det i

²⁴³ Sak 174/82 (*Sandoz*) premiss 26, *Cassis de Dijon* premiss 6,14 og 15 og *Keck* premiss 16 og 17.

²⁴⁴ Som nevnt i kapittel 6.4 er uttalelsen enten en referanse til hva partene mente, eller domstolens eget syn på de svenske reglene.

²⁴⁵ Premiss 28.

²⁴⁶ Se nærmere om dette nedenfor.

Vannscootersaken var hevdet at det forelå salgssvikt på 90 %.²⁴⁷ Tallet var imidlertid bestridt av de svenske myndighetene. EF-domstolen gikk ikke nærmere inn på dette. Etter mitt syn indikerer det at ”hindring av markedsadgangen” og ”vesentlig bruksbegrensning” ikke legger opp til en kvantitativ vurdering av hvor stor etterspørselssvikt bruksreguleringen medfører. Det er ikke gitt at verken EF-domstolen eller nasjonale domstoler er egnet til å foreta en slik vurdering. Hensynet til prosesskostnader taler for alternativet om reguleringen er tilnærmet et bruksforbud.

Hensynet til en ensartet praksis innenfor EU støtter altså tolkningsalternativet. Dersom vurderingen er om en bruksbegrensning er tilnærmet et bruksforbud, er risikoen for avvikende praksis mindre, enn hvis det er en bredere skjønnsmessig vurdering hvor etterspørselssvikten blir avgjørende. En vurdering basert på etterspørselssvikt vil også medføre betydelige prosesskostnader for partene.

Det er også et argument at tolkningsalternativet på en god måte ivaretar forholdet mellom EU og nasjonale myndigheter. Når varen har fått adgang til markedet, må det være opp til nasjonale myndigheter å regulere bruken av dem.²⁴⁸ Det er ikke slik at reglene om fri varebevegelse skal beskytte den alminnelige handlefriheten til EU-borgerne.²⁴⁹

White argumenterer også for at kun bruksbegrensninger som forbyr eller gjør bruk faktisk umulig, utgjør importrestriksjoner.²⁵⁰

EF-domstolens henvisning til *Mopedsaken* i avgjørelser om de andre frihetene taler heller ikke for at ”hindring av markedsadgangen” i *Mopedsaken* skal forstås videre enn de tiltak som formelt eller reelt utelukker import av produkter fra andre medlemsland. I restriksjonsvurderingen i sakene er det ikke vist til *Mopedsaken* og ”hindring av

²⁴⁷ Generaladvokat *Kokott* i *Vannscooter* premiss 41.

²⁴⁸ Dette er den samme begrunnelsen som ligger bak behandlingen av salgsreguleringer under *Keck*-doktrinen. Se del III.

²⁴⁹ Det er således ikke den enkelte bruker som beskyttes, men de næringsdrivende. Se kapittel 9.2.1.

²⁵⁰ *White* (1989) side 258-259. Dette er også i tråd med Generaladvokat *Kokotts* tilnærming til spørsmålet, jf. hennes uttalelse i *Vannscootersaken* premiss 66-67.

markedsadgangen”. Det er derimot vist til *Mopedsaken* i unntaksvurderingen i sakene.²⁵¹ I avgjørelsene fra de andre frihetene er det lagt til grunn at også ulemper for markedsaktørene utgjør en importrestriksjon.²⁵² Dette indikerer at det ikke nødvendigvis er samsvar mellom EF-domstolens begrep i *Moped- og Vannscootersaken* og det videre begrepet lagt til grunn under de andre frihetene.

Det kan likevel innvendes at en vurdering av om en bruksbegrensning er tilnærmet et bruksforbud blir komplisert. Det må nødvendigvis etableres en grense mellom bruksbegrensninger som utgjør en importrestriksjon og de som ikke gjør det. Vurderingen vil være skjønnsmessig, og det er uheldig av hensynet til ensartet praksis i fellesskapet. Alternativet vil være at kun bruksforbud utgjør en importrestriksjon.²⁵³ Der det er åpnet for selv den minste bruk, foreligger det ikke en importrestriksjon. Alternativet vil medføre en klar regel. Innvendingen er at den ikke tar i betraktning realitetene. Det kan formelt være vide bruksmuligheter, men mulighetene er uten særlig realitet. Bruksmulighetene kan også være så små at de ikke kan sies å gi reelle bruksmuligheter ut fra antallet brukere. Disse forholdene må tas i betraktning. Etter mitt syn må man ha en realistisk, og ikke formalistisk tilnærming til bruksreguleringer.²⁵⁴ Da er en vurdering av om importen reelt eller formelt er utelukket et godt alternativ.

²⁵¹ *Kontraheringspliktsaken*, sak C-35/08 *Grundstücksgemeinschaft (kapital)* og sak C-438/08 (etablering).

²⁵² Det er utenfor rammen for avhandlingen å kartlegge rekkevidden av de andre frihetene. Interessant for denne sammenhengen er EF-domstolens avgjørelse i *Kontraheringspliktsaken*. I traktatbruddssaken fant EF-domstolen i storkammer at italienske regler om kontraheringsplikt for forsikringsselskaper ville medføre kostnader og endringer i en slik *størrelsesorden* at det gjorde adgang til det italienske forsikringsmarkedet *mindre attraktivt*, jf. C-518/06 premiss 70. Det er interessant at EF-domstolen viser til *Mopedsaken* i begrunnelsesadgangen, men ikke under redegjørelsen for restriksjonsbegrepet. Se også *Grundstücksgemeinschaft* premiss 21.

²⁵³ Slik *Enchelmaier* (2007) side 132.

²⁵⁴ *Maduro* (2002) side 64 som kritiserer *Weilers* begrep ”bar to market access”. *Maduro* mener begrepet ikke tar i betraktning de økonomiske realitetene. Hvis man for et slikt begrep skulle ta i betraktning tiltak som økonomisk sett ”bar access to market” mister man, i følge ham, forutberegneligheten som begrepet var ment å skape.

8.3.3 Tolkningalternativ 2: betydelig ulempe for import

Den andre mulige forståelsen av begrepet ”hindring av markedsadgangen”, er at det skal foretas en bredere vurdering av om bruksreguleringen medfører en ulempe for importør og selger av produktet. ”Hindring av markedsadgangen” må da forstås slik at det ikke er nødvendig at import av produktet er utelukket eller i realiteten utelukket for at det skal foreligge en importrestriksjon. En ulempe er *tilstrekkelig*.²⁵⁵

Begrepet ”vesentlig bruksbegrensning” må dermed forstås slik at det må foreligge en *betydelig* eller *vesentlig* ulempe for at bruksreguleringer skal utgjøre en importrestriksjon.²⁵⁶ Begrepet ”vesentlig bruksbegrensning” kan tale for en videre vurdering av hvilke ulemper for selger/importør bruksreguleringene medfører. Det kan sies å ha støtte i EF-domstolens uttalelser om at bruksreguleringer kan ha en betydelig påvirkning på forbrukeradferden avhengig av reguleringens rekkevidde.²⁵⁷

EF-domstolens generelle uttalelse om ”hinders market access” i *Mopedssaken* premiss 37 taler for tolkningsalternativet. Det er en naturlig forståelse av begrepet når det sammenlignes med begrepsbruken i *Keck*. Som nevnt under tolkningsalternativ 1 ville ”prevent market access” vært en mer naturlig ordlyd dersom det kun var snakk om bruksreguleringer som utelukker import.²⁵⁸ Som nevnt ovenfor, er det imidlertid flere momenter som taler mot å tillegge ordlyden for stor vekt.

EF-domstolens forhåndsuttalelse i *Burmanjer* er også i favør av tolkningsalternativet. Saken gjaldt om krav til forhåndsgodkjennelse for å selge tidskrift på gaten utgjorde en importrestriksjon. EF-domstolen fremholdt at dersom regelen medførte diskriminering,

²⁵⁵ Se litteraturhenvisninger i note 237.

²⁵⁶ En slik tolkning vil ha paralleller med Generaladvokat *Jacobs* uttalelse i *Leclerc-Siplec*.

²⁵⁷ Det bør bemerkes at begrepet ”considerable influence” i *Mopedssaken* refererte seg en tilstand uten etterspørsel, jf. *Mopedssaken* premiss 56-57. Det kan bety at det samme begrepet i *Vannscootersaken* må forstås snevert.

²⁵⁸ Se note 240.

måtte denne anses å være for indirekte og ubetydelig.²⁵⁹ Avgjørelsen trekker i retning av at domstolen åpner for å se bort fra bagatellmessige importrestriksjoner. *Burmanjer* er i tråd med et vurderingstema hvor kun betydelige ulemper utgjør en importrestriksjon.²⁶⁰

Praksis fra de andre frihetene kan trekke i retning av denne forståelsen av ”hindring av markedsadgangen”. I nyere avgjørelser har ikke-diskriminerende ulemper vært tilstrekkelig for at det foreligger en importrestriksjon.²⁶¹

Det må avgjøres hva som er gjenstand for vurdering i det skisserte tolkningsalternativet, hva som må utgjøre en betydelig ulempe: Skal det være en vurdering av om bruksreguleringen medfører betydelige ulemper for brukeren, kvantitativ vurdering av de formelle bruksmulighetene (hvor store områder som er åpnet for bruk) eller kvantitativ vurdering av salgssvikten bruksreguleringen medfører? Alle alternativene er mulige. Alle alternativene forutsetter en skjønnsmessig grense for hva som er betydelig. En grense som vil være vanskelig å fastsette og å praktisere.

Ordlyden i *Vannscootersaken* premiss 28 – ”[...] effect of preventing users of personal watercraft from using them for the specific and inherent purposes for which they were intended or of greatly restricting their use[...]” – taler for en vurdering av om bruksreguleringen medfører betydelige ulemper for brukeren eller en kvantitativ vurdering av de formelle bruksområdene. Sistnevnte alternativ vil ikke være hensiktsmessig. En kvantitativ vurdering av de formelle bruksområdene vil ikke nødvendigvis gjenspeile ulempen reguleringen har for den frie varebevegelsen.

Det er tenkelig med en vurdering av de betydelige ulempene bruksreguleringen medfører for brukeren. Det kan innvendes at en importrestriksjonsvurdering ikke kan ses fra brukerens ståsted. EF-traktaten skal beskytte den frie varebevegelsen og importen av

²⁵⁹ Se kapittel 10. *Burmanjer* er imidlertid unntaket fra en fast praksis om at effekten en importrestriksjon har ikke er avgjørende.

²⁶⁰ Slik også *Barnard* (2007) side 157.

²⁶¹ Se imidlertid note 252. I disse sakene er det bare vist til *Mopedssaken* i unntaksvurderingen.

produkter fra andre medlemsland. Vurderingen av om det foreligger en importrestriksjon må derfor ses fra importørens synsvinkel. Vurdering av brukerens ulemper vil også reise praktiske problemer. Skal ulempene vurderes fra den enkelte brukers ståsted eller skal det foretas en generell vurdering.²⁶² Dernest må grensen for betydelig fastsettes på en slik måte at den i varetar hensynet til forutberegnelighet og ensartet praksis.

Formålet med EF-traktaten tilsier dermed en kvantitativ vurdering av salgssvikten bruksreguleringen innebærer. Om en bruksregulering medfører betydelige ulemper for selger/importør av en vare må derfor vurderes ut fra de ulempene disse aktørene påføres.²⁶³

Bruksreguleringer har normalt bare som konsekvens at produktet blir mindre attraktivt for forbrukeren. For selger/importør resulterer dette i en salgssvikt. Vurdering av ulempene bruksreguleringen medfører, vil på denne bakgrunnen måtte innebære en kvantitativ vurdering av hvor stor salgssvikt reguleringen medfører. Eksempelvis kan man tenke seg at en omsetningsreduksjon på 60 % innebærer en importrestriksjon, mens omsetningsreduksjon på mindre enn 60 % ikke innebærer en importrestriksjon.

Det er imidlertid mange argumenter som taler mot en slik tolkning av *Moped- og Vannscootersakene*. For det første er det ikke noe grunnlag for å trekke en grense basert på salgsreduksjon. Det finnes ikke en juridisk begrunnelse for at for eksempel 50 % omsetningsreduksjon ikke utgjør en importreduksjon, men at 60 % gjør det. En slik grense vil være vilkårlig og mangle begrunnelse i hensynene bak den frie bevegeligheten av varer. For det andre er det vanskelig å fastsette hvor grensen eventuelt skal gå – hva er det rimelig at selger/importør skal tåle av omsetningsreduksjon? Videre vil det for det tredje være spørsmål om salgsreduksjonen må ramme markedet sett under ett, eller om salgsreduksjonen må ramme den enkelte selger/importør.²⁶⁴ Dette tolkningsalternativet fremmer altså ikke forutberegnelighet og ensartet praksis. For det fjerde er det ikke gitt at

²⁶² Se note 264.

²⁶³ Tilnærmingen i tolkningsalternativ 1 vurderer også reguleringen fra importør/selgers ståsted. Ved et bruksforbud eller en bruksbegrensning som er tilnærmet et bruksforbud har de ikke mulighet til å importere og opprette et produktmarked i en annen medlemsstat.

²⁶⁴ *Davies (2003)* side 101-102.

bruksreguleringen er årsaken til all omsetningssvikt. Forbruksmønstre kan påvirkes av mer enn bruksreguleringene. Det vil komplisere vurderingstemaet ytterligere. For det femte vil en terskel som det skisserte medføre betydelige prosesskostnader for den parten som skal bevise at det foreligger en importrestriksjon. For det sjette må det fastsettes i detalj hvordan en slik vurdering skal foretas for å sikre enhetlig praksis innenfor fellesskapet. Det er ikke gitt at verken EF-domstolen eller de nasjonale domstoler er egnede for en slik vurdering. Til syvende, og sist, vil effekten på samhandelen stå sentralt i vurderingen av om bruksreguleringen utgjør en importrestriksjon. En slik vurdering har EF-domstolen gjentatte ganger avslått for artikkel 28.²⁶⁵

Dersom økonomiske data ikke skal være avgjørende ved en slik vurdering, må bruksmulighetene regelen gir være gjenstand for vurdering. Det blir det samme som vurderingen ovenfor av bruksreguleringens ulemper for brukeren. Vurderingen av bruksmulighetene vil innebære et lettere bevistema for parten, enn om økonomiske data skal være avgjørende. Hva som utgjør en betydelig ulempe må da fastsettes skjønnsmessig etter en vurdering av bruksreguleringen og bruksmulighetene. Mange av de samme innvendingene som mot alternativet basert på etterspørselssvikt gjør seg gjeldende.

Etter mitt syn er det vanskelig å se noen god begrunnelse for dette tolkningsalternativet.

8.4 Vurdering og konklusjon

Begrepet markedsadgang har i seg selv ikke noe klart innhold i relasjon til de fire frihetene. Når det gjelder forståelsen av markedsadgangsbegrepet i *Mopedsaken* premiss 37, må det også tas i betraktning at EF-domstolen har tatt ut både forskjellsbehandling og produktkrav fra begrepet. Spørsmålet er dermed hva som er igjen av markedsadgangsbegrepet utover disse tilfellene.

²⁶⁵ Se blant annet sak C-463/01 *Resirkulering I* og sak C-309/02 *Resirkulering II* som bygger på sak 177 og 178/82 *Van de Haar*. Se kapittel 10.

Det er usikkert hva EF-domstolen legger i ”hindring av markedsadgangen”. Sterke grunner taler for at begrepet må forstås som de bruksreguleringer som utelukker formelt eller reelt import av produktet. Noen begrunnelse for en videre regel er vanskeligere å se. Det presiseres imidlertid at resultatet av de ulike tolkningsalternativene kan falle ut på det samme. Avhengig av hva som ligger i at bruksreguleringer medfører en ”betydelig ulempe”, vil denne og et tilnærmet bruksforbud referere seg til samme faktiske tilstand.²⁶⁶ Etter mitt syn er derimot vurderingen av om import av produkter fra andre medlemsland formelt eller reelt er utelukket en mer praktiserbar regel. Den levner ikke tvil om hva som er vurderingen. Grensen den trekker mellom bruksreguleringer som utgjør en importrestriksjon, og de som ikke gjør det, er også klarere begrunnet.²⁶⁷

Sakene hvor EF-domstolen til nå har benyttet begrepet, gir ingen grunn til å forstå begrepet videre enn dette. *Mopedsaken* gjaldt et bruksforbud. I *Vannscootersaken* er det mye som tyder på at de svenske reglene i realiteten medførte et tilnærmet bruksforbud.

Artikkel 28 skal sikre at varer som lovlig kan omsettes i et medlemsland har fri adgang til markedene i andre medlemsland. EF-traktaten sikrer derimot ikke fri næringsutøvelse, maksimal profitt for selger/importør eller uhindret handlefrihet for den enkelte borger. Det er i tråd med hensynene bak det indre markedet at medlemslandene kan regulere bruk når reguleringen ikke medfører at import av produkter fra andre medlemsland formelt eller reelt er hindret. Hindring av markedsadgangen forstått som at import av produktet er utelukket gir således en hensiktsmessig kompetansedeling mellom EU og de nasjonale myndighetene. Det alternative tolkningsalternativet – en bredere vurdering av ulempene reguleringene medfører for selger/importør – er for det første vanskelig å begrunne og

²⁶⁶ Det samme vil gjelde for Generaladvokat *Jacobs* forslag til vurderingsnorm i *Leclerc-Siplec*. ”A substantial restriction” kan i realiteten være det samme som at reguleringen formelt eller reelt utelukker import av produktet. Det avhenger imidlertid av hvordan man anvender ”a substantial restriction”. I mange tilfeller synes jeg ikke vurderingen ser ut til å være noe annet enn om import formelt eller reelt er utelukket. Se eksempelvis *Peršin (2008)* side 40. ”Substantial restriction on market access” fikk ikke anvendelse på andre reguleringer enn de som formelt eller reelt utelukket import av produkter fra andre medlemsland. Vurderingstema basert på utelukkelse av import vil da etter min oppfatning være et langt klarere vurderingstema.

²⁶⁷ Se note 253 og 254 for *Enchelmaier* og *Maduros* synspunkter.

etablerer for det andre et vurderingstema som er vanskelig å praktisere. EF-domstolen har tidligere avslått det som et egnet vurderingstema på vareområdet.

Moped- og Vannscootersaken må på denne bakgrunn forstås slik at bruksforbud og tilnærmede bruksforbud utgjør importrestriksjoner. Etter slik å ha kartlagt hvordan vurderingstemaet skal forstås, blir den videre problemstillingen hvordan man skal anvende vurderingstemaet på bruksbegrensninger.²⁶⁸

Det presiseres igjen at ”hindring av markedsadgangen” rommer et element av dynamikk, som gir EF-domstolen handlingsrom. Domstolen kan utvide kretsen av bruksreguleringer som utgjør importrestriksjoner, hvis dette synes hensiktsmessig uten å måtte endre ordlyden i vurderingstemaet.

²⁶⁸ Bruksforbud er allerede behandlet i kapittel 7.

9 Markedsadgang som vurderingstema for bruksreguleringer

9.1 Innledning

Som redegjort for i kapittel 8 er det mest naturlig å forstå markedsadgangsbegrepet i *Moped- og Vannscootersakene* slik at bruksforbud og bruksbegrensninger som i realiteten er et bruksforbud, utgjør importrestriksjoner etter artikkel 28. Temaet for dette kapittelet er hva som nærmere ligger i denne presiseringen. Bruksforbud er behandlet i kapittel 7. Det vises derfor til fremstillingen der. I det følgende skal det drøftes hva som ligger i at en bruksbegrensning er tilnærmet et bruksforbud.

Vurderingstemaet i *Moped- og Vannscootersakene* reiser også spørsmål om hva som er riktig geografisk kontekst for vurderingen: skal bruksreguleringen ses fra et nasjonalt, regionalt eller lokalt perspektiv. Dette medfører også et spørsmål om hvordan lokale bruksforbud skal vurderes.

Bruksreguleringer som kategori kan deles i følgende undergrupper: regulering av *hvor* et produkt kan brukes, regulering av *hvordan* et produkt kan brukes, regulering av *når* et produkt kan brukes og reguleringer av *hvem* som kan bruke et produkt og.²⁶⁹ Vurderingen av om en bruksregulering utgjør en importrestriksjon er avhengig av hvilken type bruksregulering saken gjelder.²⁷⁰

Moped- og Vannscootersakene gjaldt henholdsvis hvordan og hvor et produkt kan brukes. Sakene blir nødvendigvis også premissleverandører for hvordan av reguleringer når et produkt kan brukes og regulering av hvem som kan bruke et produkt skal vurderes.

²⁶⁹ Se kapittel 4. For øvrig kan en regulering av når, hvordan og hvem i tillegg være lokalt regulert.

²⁷⁰ Det presiseres at analysen av de ulike bruksreguleringskategoriene er gjort av pedagogiske hensyn, og ikke er et argument for at man ved vurderingen av artikkel 28 bør operere med ulike regelkategorier.

9.2 Tilnærmet bruksforbud – hva da?

Hvordan man vurderer en bruksregulering, er avhengig av hvem sitt ståsted man ser reguleringen fra. Før jeg behandler hva som nærmere ligger i at en bruksbegrensning er et tilnærmet bruksforbud, er det nødvendig å fastsette fra hvem sin synsvinkel man skal vurdere bruksreguleringer: fra *brukerens synsvinkel* eller fra *markedsaktørens synsvinkel* – importør og selger av produktet.

9.2.1 Markedsaktørens synsvinkel

Vurderingen av om bruksreguleringer utgjør en importrestriksjon må ses fra *markedsaktørens synsvinkel*. Vurderingen er om import av produktet formelt eller reelt er utelukket.²⁷¹ Det betyr at hvordan bruksreguleringen rammer den enkelte bruker ikke er relevant.²⁷²

Ordlyden i *Vannscootersaken* kan imidlertid tilsi at vurderingen skal skje fra brukerens synsvinkel:

“[...] preventing **users** of personal watercraft from using them for the specific and inherent purposes for which they were intended or of greatly restricting their use [...]”²⁷³ (min uthevning)

Uttalelsen kan forstås slik at vurderingen er avhengig av om den enkelte vannscooterbruker er forhindret fra bruk eller vesentlig begrenset i å bruke produktet. Forståelsen har derimot ikke holdepunkter i det overordnede vurderingstemaet i *Moped- og Vannscootersakene* – hinders market access – og i formålet med EF-traktaten. ”Hinders market access” taler for at vurderingen må skje fra markedsaktørens synsvinkel. Den refererte premissen må derfor ses som en fastleggelse av innholdet i begrepet ”hinders market access”. Standpunktet

²⁷¹ Etter domstolens formuleringer om varens markedsadgang er hindret.

²⁷² Det forklarer også hvorfor man kan kalle reguleringer av hvor et produkt kan brukes og av hvem produktet kan brukes, en bruksbegrensning. Fra brukerens synsvinkel vil dette kunne utgjøre et bruksforbud. Eksempelvis er bilbruk for en 16-åring forbudt. Fra markedsaktørens (og myndighetenes) side er bilbruk begrenset til de over 18 år.

²⁷³ *Vannscootersaken* premiss 28.

støttes av formålet bak EF-traktaten og hvem denne er ment å beskytte. EF-traktaten skal sikre at en markedsaktør kan utvide sin virksomhet fra en medlemsstat i fellesskapet til en annen medlemsstat uten hindringer. EF-traktaten er ikke ment å beskytte handlefriheten til den enkelte borger. Det avgjørende er om import av produkter fra andre medlemsland er utelukket som følge av reguleringen.

9.2.2 Tilnærmet bruksforbud

Det er vanskelig å si noe eksakt om hva som nærmere ligger i at en bruksbegrensning i realiteten utgjør et bruksforbud, og at import av produkter fra andre medlemsland derfor reelt er utelukket.²⁷⁴

Begrunnelsen for hvorfor bruksforbud utgjør en importrestriksjon kan kaste lys over hvordan vurderingstemaet skal forstås. Det er klart at et bruksforbud innebærer at det ikke etableres noe produktmarked for den aktuelle varen.²⁷⁵ Det samme må gjelde reguleringer som formelt sett ikke er bruksforbud, men en bruksbegrensning av en slik art at den er tilnærmet et bruksforbud. Heller ikke da vil det etableres noe reelt produktmarked for varer fra andre medlemsstater. Det må utgjøre en importrestriksjon. Vurderingen av om en bruksbegrensning utgjør en importrestriksjon er således en slags *omgåelsesnorm*. Det er ikke tilstrekkelig at en medlemsstat formelt sett åpner for bruk, bruksreguleringen må reelt medføre bruksmuligheter.²⁷⁶

²⁷⁴ Slik også *White (1989)* side 259. Generaladvokat *Kokott* benyttet begrepet "marginal bruk" for å definere hvilke bruksreguleringer som utgjør en importrestriksjon i tillegg til bruksforbud, jf. *Kokott* i *Vannscootersaken* premiss 67. Begrepet er kritisert i teorien for å være innholdsløst, jf. *Oliver/Enchelmaier (2007)* side 678 og *Gormley (2008)a* side 1667. Kritikken kan likevel være farget av forståelsen av anvendelsesområdet til artikkel 28, om restriksjonsbegrepet skal være vidt eller tilskåret. Videre må kritikken ses i lys av at *Enchelmaier* mener at kun totalforbud og diskriminerende reguleringer utgjør importrestriksjoner, jf. *Enchelmaier (2007)* side 132. Denne tilnærmingsmåten blir etter min mening for formalistisk. Se note 254. Se også *Vindusfilm* gjaldt også i realiteten et bruksforbud. Bruk av film på vinduer i kjøretøy var forbudt med unntak av godsdelen i godskjøretøy. EF-domstolen fant at det forelå en importrestriksjon. Se kapittel 4.2.2.

²⁷⁵ Se nærmere i kapittel 7.

²⁷⁶ At det reelle bruksområdet for produktet er avgjørende følger av *Vannscootersaken* premiss 28.

Hvorvidt en bruksbegrensning i praksis utgjør et bruksforbud må vurderes i den enkelte sak. Utgangspunktet må være i hvilken grad bruksreguleringen medfører reell mulighet for å bruke produktet. Hvis det er reell mulighet for å bruke produktet, vil heller ikke bruksreguleringen medføre at import av produktet er utelukket. Det kan være nyttig å foreta vurderingen av bruksmulighetene i to trinn: 1) Hvilke bruksområder/brukergruppe har produktet.²⁷⁷ 2) I hvilken grad medfører bruksbegrensningen at det er et reelt bruksområde for produktet, slik at import av produkter fra andre medlemsland ikke formelt eller reelt er utelukket. Momenter i vurderingen er avhengig av hva slags type bruksbegrensning saken gjelder. Typereguleringene og momenter i vurderingen er behandlet i kapittel 9.5.

Nasjonale bruksmønstre vil kunne ha betydning ved vurderingen. Hvor et produkt kan brukes på ulike måter, kan det i stat A være bruksområde 1 som er hovedbruksområde, mens bruksområde 2 er det viktigste i stat B. Et slikt bruksmønster medfører at samme bruksbegrensning ikke vil virke likt i stat A og B. Forbud mot bruksmåte 1 i stat A utgjør muligens det samme som et bruksforbud, mens reguleringen ikke har betydning for produktets markedsadgang i stat B. Det nasjonale bruksmønsteret må altså tas i betraktning ved vurderingen av bruksreguleringens betydning.

Økonomiske analyser og statistikk er ikke avgjørende i vurderingen av om en bruksregulering utgjør en importrestriksjon.²⁷⁸ Vurderingen knytter seg til bruksmulighetene reguleringen medfører. Bakgrunnen for dette er kjensgjerningen om at bruksforbud hindrer at et produktmarked opprettes. En regulering som praktisk talt er likt et bruksforbud leder til samme resultat. Det er ikke nødvendig med økonomiske data for å fastslå en slik sammenheng. Det er også i tråd med hvordan EF-domstolen behandlet de fremlagte økonomiske dataene i *Vannscootersaken*; de ble ikke nærmere kommentert. Vurderingen av hvorvidt noe utgjør en importrestriksjon kan således ikke være basert på hvor mange prosent av et totalt bruksområde som er forbudt eller på produktets

²⁷⁷ *Vannscootersaken* premiss 28, "[...] the effect of preventing users of personal watercraft from using them for the **specific and inherent purposes** for which they were intended [...]" (min uthevning)

²⁷⁸ Det er viktig av hensynene til prosessøkonomi og ønsket om ensartet praksis. En vurdering basert på økonomiske data og statistikk medfører betydelige prosesskostnader. Vurderingen kan i tillegg bli svært kompleks av slike komponenter.

salgsvolum. Disse kriteriene legger opp til komplekse vurderinger. Når det er sagt, bevis for nullomsetning i markedet vil selvsagt være gode bevis for hvilken reell bruk reguleringen gir.

Det kan være omsetning av produktet, selv hvor reguleringen er så streng at den at den karakteriseres som et bruksforbud. Det henger sammen med at det vil være konsumenter som etterspør produktet også hvor det generelt kun er marginale bruksmuligheter. Ved reelle bruksmuligheter, ville imidlertid markedet vært et annet. Det kan i den sammenheng trekkes en parallell til salgsreguleringer. Svært strenge salgsreguleringer vil utgjøre en importrestriksjon, uavhengig av om de er ikke-diskriminerende.²⁷⁹ Trolig skal det mer til før en salgsregulering er så streng at den i realiteten er et salgsforbud, enn ved samme vurdering for en bruksregulering. Eksempelvis vil en regulering som medførte bilfritt Norge fem dager i uken lettere utgjøre et reelt bruksforbud enn et salgsforbud av en vare fem dager i uken.

9.3 Geografisk kontekst

Det følger av *Vannscootersaken* at bruksforbud og vesentlige bruksbegrensninger medfører at produktets markedsadgang er hindret. Sett i et nasjonalt perspektiv kunne man tenke seg at et bruksforbud for vannscooter på Sør- og Østlandet ikke utgjorde en importrestriksjon dersom bruk var tillatt i resten av landet. I et nasjonalt perspektiv er ikke import av produktet utelukket. Spørsmålet er om et slikt perspektiv er i tråd med EF-retten.

EF-domstolen berørte ikke problemstillingen i *Vannscootersaken*. Saken gjaldt en landsdekkende regulering. Domstolen vurderte derfor reguleringene ut fra en nasjonal kontekst. Som eksempelet ovenfor viser vil en slik ramme for vurderingen fort bli for vid hvor bruk er forbudt i større områder.

²⁷⁹ Arnesen (1999) side 359. Se del III.

Som nevnt ovenfor, kan ordlyden i *Vannscootersaken* tilsi at vurderingen må skje fra brukerens ståsted, og at dette legger føringer for det geografiske området for vurderingen.²⁸⁰ Det ville i så fall tilsi en snever kontekst for vurderingen, slik at enhver bruker har bruksmuligheter.

Formålet med EF-traktaten og etableringen av det indre markedet i EU tilsier at den geografiske konteksten må fastsettes ut fra markedsaktørenes interesser. Bruksforbud vil hindre vareutvekslingen i fellesskapet.²⁸¹ Det vil også være tilfelle dersom det i store geografiske deler av et medlemsland var adgang til å forby bruk av et produkt, uten at dette utgjorde en importrestriksjon.

Rettspraksis om artikkel 28 tilsier også en snever geografisk kontekst for vurderingen. Det følger av praksis at selv om et tiltak som utgjør en importrestriksjon bare får anvendelse innenfor deler av et medlemsland, utgjør den like fullt en importrestriksjon.²⁸² *Bluhme* er særlig illustrerende for poenget. Saken gjaldt et dansk forbud mot å holde andre biearter enn en spesiell bie på øyen Læsø og tiliggende småøyer. Dette ble av EF-domstolen vurdert som et importforbud, som utgjorde en importrestriksjon, uavhengig av at tiltaket kun fikk anvendelse i en liten del av medlemsstaten.²⁸³ Overført til bruksreguleringer, kan ikke store områder med bruksforbud uten videre falle utenfor artikkel 28. Det må være et moment av geografisk kontekst i vurderingen, slik at man sørger for at produktet har markedsadgang til hele det (potensielle) nasjonale markedet.

EF-domstolens uttalelser i *Vannscootersaken* må imidlertid forstås slik at den geografiske konteksten ikke kan være for liten. Ordlyden i *Vannscootersaken* kunne forstås slik at ethvert lokalt bruksforbud utgjør en importrestriksjon. Ordlyden i premiss 28 er knyttet til om *brukeren* er forhindret fra å nyttiggjøre seg av produktet. En slik forståelse vil derimot ignorere de grensene EF-domstolen åpenbart trekker i avgjørelsen. Begrepet ”vesentlig

²⁸⁰ Se kapittel 9.2.1.

²⁸¹ Dette er et grunnleggende prinsipp, jf. *Mopedssaken* premiss 34. Se også Kapittel 7.

²⁸² Blant annet sakene C-1/90 og C-176/90 *Aragonesa*, sak C-67/97 *Bluhme* og de forente sakene C-277/91, C-318/91 og C-319/91 *Ligur Carni*.

²⁸³ *Bluhme* premiss 20.

bruksbegrensning” i premiss 28 blir meningsløst dersom ethvert bruksforbud, lite som stort, utgjør en importrestriksjon. Begrepsbruken og avgrensningen i *Vannscootersaken* må også ses i lys av hensynet til nasjonale myndigheters reguleringskompetanse. Hvis den geografiske konteksten for vurderingen blir for snever, vil i realiteten enhver regulering utgjøre en importrestriksjon. En vurdering på kommunalt nivå i Norge vil eksempelvis fort gjøre premissene i *Vannscootersaken* illusoriske.

Å fastsette den nærmere geografiske konteksten er problematisk. Fastsettelsen må skje under hensynene til markedsaktørene – det skal være et nasjonalt marked for produktet – og til nasjonale myndigheter: ethvert lokalt forbud kan ikke utgjøre en importrestriksjon. Det må foretas en rimelig balansering av disse hensynene. Det kan tenkes at en form for regionalinndeling best ivaretar disse hensynene.²⁸⁴

9.4 Lokale bruksforbud

Problemstillingen i dette kapittelet er hvordan man vurderer lokale bruksforbud. Det kan for eksempel være et kommunalt forbud, eller at man har tillatt bruk av produktet, men forbudt bruk i spesielle områder.²⁸⁵

For dette spørsmålet er det etter mitt syn hensiktsmessig å skille mellom ikke-stedbudne og stedbudne varer. Ikke-stedbudne varer vil forbrukeren ha interesse av å bruke selv om det er et lokalt forbud. Vannscooter er et eksempel på en ikke-stedbunden vare. Stedbudne varer vil ikke forbrukeren ha interesse av å bruke hvis det er et lokalt forbud. Løvblåser kan tjene som eksempel på slike varer. En forbruker vil ikke ha noen interesse av å eie en løvblåser hvis den ikke kan benyttes i egen hage. Distinksjonen har betydning for vurderingen av om import av produkter fra andre medlemsland er utelukket. Eksempelvis

²⁸⁴ Det presiseres at dersom det er legitimt begrunnet og proporsjonalt ikke å åpne et område for bruk, vil det ikke opprettes et produktmarked i dette området.

²⁸⁵ Regulering av hvor et produkt kan brukes må innebære tillatelser noen steder og forbud andre steder.

er det forskjell på den ene side å forby bruk av gressklipper i Bærum og på den andre siden å forby bruk av skateboard der.²⁸⁶

For ikke-stedbudne varer vil ikke nødvendigvis et lokalt forbud ha betydning for vurderingen av om import av produkter fra andre medlemsland er utelukket. Dersom det innenfor et avgrenset geografisk område er reelle bruksmuligheter, vil ikke det lokale forbudet ha betydning. For brukeren vil det muligens oppleves som et bruksforbud, men ikke for importør/selger av produktet.²⁸⁷

For stedbudne varer blir det annerledes. Et lokalt forbud mot bruk av slike, vil medføre at forbrukeren ikke har noen interesse i produktet, som igjen vil utelukke import av produktet.²⁸⁸ Eksempelvis vil det ikke være noe marked for gressklippere eller løvblåsere i Bærum hvis bruk av disse produktene er forbudt. For disse varene må et lokalt bruksforbud utgjøre en importrestriksjon. Det følger for det første av *Moped- og Vannscootersakene*: hvis reguleringen ”hinders market access” foreligger det en importrestriksjon. Derneft følger det av praksis fra EF-domstolen at lokale importrestriksjoner, utgjør importrestriksjoner selv om de kun får anvendelse innenfor en avgrenset del av medlemsstaten.²⁸⁹ Hvor det lokalt er et bruksforbud eller et tilnærmet bruksforbud for en stedbunden vare, vil dette måtte karakteriseres som en importrestriksjon.²⁹⁰

²⁸⁶ Grensegangen mellom ikke-stedbudne og stedbudne varer kan være vanskelig å trekke, og derfor kan distinksjonen lite hensiktsmessig. Biler er et eksempel på en vare som er vanskelig å klassifisere. Distinksjonen er imidlertid nyttig i denne avhandlingen for å vise ulikheter i vurderingen av om import av produkter fra andre medlemsstater formelt eller reelt er utelukket.

²⁸⁷ Det kan trekkes en parallell til salgsreguleringer. I *Morsmelkerstatning* fant EF-domstolen at krav om at morsmelkerstatning bare kunne selges på apotek ikke utgjorde en importrestriksjon. Det kan presiseres at for områder hvor det ikke fantes apotek, kunne vanlige butikker få salgstillatelse. At ikke enhver butikk kunne selge morsmelkerstatning utelukket ikke import av varen. Tilsvarende som vurderingen av lokale bruksforbud.

²⁸⁸ *Mopedsaken* premiss 56-57.

²⁸⁹ *Bluhme* premiss 20.

²⁹⁰ Se kapittel 10 for konsekvensen av motsatt resultat.

9.5 Gjennomgang av typereguleringer

9.5.1 Innledning

Bruksreguleringer kan som nevnt i kapittel 9.1 deles inn i ulike typereguleringer. Innenfor de enkelte typereguleringene vil det også være ulike former for bruksreguleringer. Det er av interesse å se hvordan vurderingstemaet fra *Moped- og Vannscooteravgjørelsene* skal anvendes på de ulike typereguleringene, hvilke momenter som gjør seg gjeldende i vurderingen. Det presiseres at inndelingen kun er av pedagogisk verdi, og ikke har noen rettslige konsekvenser. Det kan tidvis være vanskelig å karakterisere en bruksbegrensning innenfor en av kategoriene.

9.5.2 Regulering av *hvordan* et produkt kan brukes

Regulering av *hvordan* et produkt kan brukes vil si at for produkter med flere bruksområder, er ett eller flere bruksområder forbudt. Under denne typereguleringen inngår også regulering av bruksformens intensitet, som for eksempel fartsreguleringer.

Mopedsaken er et godt eksempel på regulering av hvordan et produkt kan brukes. I denne saken skilte EF-domstolen mellom to typer tilhengere: de som bare kunne benyttes av mopeder og lignende kjøretøy og de som kunne benyttes av mopeder, biler og andre kjøretøy på lik linje. Sistnevnte regler begrenset produktets anvendelsesområde, men utgjorde ikke et totalforbud mot bruk av produktet. For tilhengere med flere anvendelsesområder fant EF-domstolen at søksmålet måtte avvises, idet Kommisjonen ikke hadde bevist at de italienske reglene hindret markedsadgangen for slike tilhengere.²⁹¹ Hvis man sammenholder *Mopedsaken* og *Vannscootersaken* på dette punktet, kan det hevdes at de italienske reglene etter domstolens vurdering ikke utelukket import av produkter fra andre medlemsstater, og dermed falt utenfor artikkel 28.²⁹² Dersom bruk av tilhenger tilknyttet biler var forbudt, mens bruk i tilknytning til moped var tillatt, er det mulig

²⁹¹ *Mopedsaken* premiss 52.

²⁹² Med domstolens begrepsbruk: at det ikke forelå en ”vesentlig bruksbegrensning”, som igjen ”hindret produktets markedsadgang”.

resultatet ville vært annerledes. I alle fall hvis reguleringen fikk anvendelse i en medlemsstat hvor bruk av tilhenger til moped er en marginal bruksmåte.

Hvis et produkt har flere bruksområder, og ett eller flere er forbudt, må det først kartlegges *hvilke* bruksområder produktet har. Dernest må det vurderes hva bruksbegrensningen innebærer for bruken av produktet; medfører den en tilstand tilnærmet et bruksforbud.

Dersom produktets hovedbruksområde er forbudt eller nær sagt alle bruksformer for produktet er forbudt, vil det lett lede til at bruksbegrensningen i realiteten er et bruksforbud. Forbud som berører mindre og uvesentlige bruksområder, vil ikke medføre at det foreligger en importrestriksjon. Eksempelet fra *Mopedssaken* illustrerer sistnevnte situasjon.²⁹³

Hvis produktet har to likeverdige bruksområder, og ett er forbudt, vil det ikke foreligge en importrestriksjon. Import av produktet er ikke utelukket i en slik situasjon.

Hvor bruksområder henger sammen, og ett av dem er forbudt, må artikkel 28 komme til anvendelse. Et eksempel kan være forbud mot å bruke bodelen av en bil, men hvor den fortsatt kan benyttes som kjøretøy. En slik regulering vil etter min oppfatning utelukke import av biler fra andre medlemsland.

Vurderingen ovenfor kan illustreres gjennom den norske reguleringen av bruk av plantevernmidler.²⁹⁴ Slik bruk er begrenset i Norge.²⁹⁵ Eksempelvis er visse

²⁹³ Det kan her trekkes en parallell til reklamesakene behandlet i henhold til Keck-doktrinen. EF-domstolen har funnet at et totalforbud mot reklame er i strid med Keck-doktrinen og at det således utgjør en importrestriksjon, jf. *Gourmet*. Forbud mot visse former for reklame faller derimot utenfor anvendelsesområdet til artikkel 28. Argumentasjonen synes å være at andre reklameformer fortsatt er tilgjengelige, jf. *Hünemann, Leclerc-Siplec* og sak C-71/02 *Karner*. Se i samme retning *Barnard* (2007) side 155.

²⁹⁴ Forskrift om plantevernmidler § 17 (fastsatt med hjemmel i matloven). Man må skille mellom plantevernmidler som er forbudt på grunn av sitt innhold, og plantevernmidler som ikke er forbudt etter sitt innhold, men hvor produktets brukergruppe er begrenset. For det førstnevnte tilfellet foreligger det et produktkrav, som utgjør en importrestriksjon. For det sistnevnte tilfellet foreligger det en bruksbegrensning som må vurderes etter kriteriene redegjort for i dette kapitlet.

plantevernmidler begrenset til bruk i næringsøyemed (hovedsakelig i landbruket). Bruk på hobbybasis er forbudt.²⁹⁶ Problemstillingen er om reguleringen reelt sett er et bruksforbud mot produktet. Svaret beror på en vurdering av hva som er produktets bruksområde og hva det innebærer at bruken av produktet er begrenset. Produktet kan altså brukes både i næringsøyemed og på hobbebasis. Produktet har altså flere bruksområder. Når det gjelder vurderingen av hva reguleringen innebærer, må flere forhold tas i betraktning.

Hobbydyrkerne er nok flest i antall. Det formelle antallet brukere kan imidlertid ikke ha noen avgjørende betydning for hva bruksbegrensningen innebærer. Den reelle bruken denne brukergruppen står for, vil nok være av mindre betydning sammenlignet med næringsbruken. Hobbydyrkerne har mindre areal å bruke produktet på og bruk er noe mindre praktisk for dem, behovet for utstyr og diverse tatt i betraktning. Bruksforbudet rettet mot denne bruken har derfor ikke den reelle betydningen som deres formelle antall skulle tilsi. Forbudet mot bruk av visse plantevernmidler på hobbybasis innebærer ikke at import av produktet er utelukket. Det kan stilles spørsmål ved om hobbybruk av produktet er et så margintalt bruksområde, at konklusjonen ville vært motsatt hvis forbudet rettet seg mot næringsdyrkere.

Hvis reguleringen i stedet begrenser en viss bruksform, blir det et spørsmål om intensiteten i bruksreguleringen. Som nevnt er fartsgrenser et eksempel. Spørsmålet må være om fartsreguleringene er av en slik art at produktet ikke kan nyttiggjøres ut fra dens essensielle bruksområder. Det vil være tilfelle ved ekstremt lave fartsgrenser. Det må skilles mellom ulike biler ut fra fartsegenskaper. For biler hvor det essensielle er bilens fartsegenskaper, vil muligens ekstremt lave fartsgrenser tilsi et bruksforbud. For biler hvis egenskap ikke først og fremst er farten, vil nok ikke konklusjonen være den samme.²⁹⁷

²⁹⁵ Bruk av visse plantevernmidler er betinget av autorisasjon, fylte 18 år, kursbevis og dokumentert yrkesmessig behov for plantevernmidler. Slike krav er som nevnt en importrestriksjon i seg selv. Se kapittel 7 og 9.6. For eksempelets skyld ses det bort fra disse kravene.

²⁹⁶ Reguleringen er et eksempel på at det ikke er noen klar grense mellom regulering av hvordan produktet kan brukes og regulering av hvem som kan bruke produktet.

²⁹⁷ Norske fartsreguleringer er nok uansett både legitimt begrunnet og proporsjonale.

9.5.3 Regulering av *hvor* et produkt kan brukes

Regulering av hvor et produkt kan brukes innebærer at bruk av produktet er forbudt visse steder, men tillatt på andre. *Vannscootersaken* og tilsvarende reguleringer er gode eksempler på dette.

Regulering av hvor et produkt kan brukes vil alltid innebære et forbud. Det vil være forbudt å bruke produktet et sted, men tillatt andre steder. Som redegjort for ovenfor, må vurderingen av om det foreligger en importrestriksjon, skje innenfor en større geografisk kontekst enn den lokale. Forbud mot bruk et sted, er kun en importrestriksjon hvis det ikke er adgang til reell bruk i et større geografisk område.²⁹⁸

Det er først nødvendig å fastlegge produktets naturlige bruksområde. For eksempel vil forbud mot motorferdsel i skogsområder ikke (nødvendigvis) være en begrensning av en scooters (mopeds) bruksområde. Produktets egenskaper angir et naturlig bruksområde. Det er begrensninger i dette området som skal vurderes.²⁹⁹

Vurderingen må dernest bero på hvilket reelt bruksområde reguleringen gir. Det er ikke av betydning hvilket område som formelt sett er åpnet for bruk, dersom bruk innenfor dette området ikke er praktisk mulig.³⁰⁰ *Adkomst* til området er av betydning. Dersom bruk av vannscooter kun er tillatt på det ”åpne” hav tilsier dette at det er et reelt bruksforbud siden det vil være svært vanskelig å komme seg til bruksområdet. Dernest må *risikoen* forbundet med bruk i det aktuelle området, vurderes. Dersom bruk i de tillatte områdene er forbundet med en større risiko for skader og lignende enn det som er tilfelle i andre mulige bruksområder, trekker det i retning av et reelt bruksforbud.³⁰¹ Endelig må områdets *størrelse* og *omfang* tas i betraktning. Hvis bare mindre områder er åpnet for bruk kan områdene være uegnet for bruk. Det taler for at det dreier seg om et reelt bruksforbud.

²⁹⁸ Se kapittel 9.3 og 9.4.

²⁹⁹ Naturgitte forhold kan også medføre at det ikke oppstår noe produktmarked. Det faller selvsagt utenfor artikkel 28.

³⁰⁰ *Vannscootersaken* premiss 25.

³⁰¹ EF-domstolen sluttet seg tilsynelatende til Kommisjonens og partenes anførsler om dette i *Vannscootersaken*, jf. premiss 25.

Et eksempel til illustrasjon er forbudet mot bruk av kjøretøyer som ikke kan kjøre med høyere hastighet enn 40 km/t på motorveier. Forbudet innebærer at blant annet mopeder ikke kan benyttes på motorveier. Spørsmålet er om denne reguleringen medfører at import av produktet er utelukket. Først må produktenes bruksområde fastlegges. Mopeden er et fremkomstmiddel og veinettet er dens bruksområde.

Dernest må det vurderes hva reguleringen medfører. Det vil i stor grad være en vurdering av hva slags veinett det er i området. I tillegg må veikvaliteten og sammenhengen i veinettet utover motorveiene vurderes. Hvis veinettet i stor grad besto av motorveier, øvrige veier var dårlig vedlikeholdt, og det ikke var en tilfredsstillende sammenheng i det øvrige veinettet, ville en slik bruksregulering medført at det ikke var noen reell bruksmulighet av produktet.³⁰²

9.5.4 Regulering av *hvem* som kan bruke et produkt

Begrensning med hensyn til hvem som kan bruke et produkt kan skje ved aldersgrense eller at bruk begrenses til en gitt brukergruppe.³⁰³ Spørsmålet er om reguleringen av hvem som kan bruke produktet, reelt sett medfører et bruksforbud, med den følge at det foreligger en importrestriksjon.

For å ta stilling til omfanget av bruksbegrensningene er det nødvendig først å definere produktets brukergruppe. Visse produkter har kjernebrukergrupper, slik at man ikke kan ta utgangspunkt i befolkningen sett under ett. For eksempel brukes smokker utelukkende av små barn, mens stokker primært brukes av eldre mennesker. Et bruksforbud rettet mot disse

³⁰² Slik veinettet er sammensatt i Norge, vil ikke reguleringen utgjøre en importrestriksjon.

³⁰³ Det at presiseres at det ikke er av avgjørende betydning at en slik begrensning for den enkelte bruker er et bruksforbud. Regulering av hvem som kan bruke et produkt er ofte satt som et krav om autorisasjon for å bruke produktet. Gjerne i kombinasjon med en aldersgrense. Slike reguleringer utgjør importrestriksjoner, jf. *Toolex*. Se kapittel 7 og 9.6. Kravet om autorisasjon er en unntaksordning som hviler på et bruksforbud. Det følger av *Toolex* at et slikt autorisasjonskrav i seg selv er en importrestriksjon. Kravet om førekort etter veitrafikkloven § 24 må derfor sies å være en importrestriksjon. Bestemmelsen er nok uansett legitimt begrunnet og proporsjonalt.

brukergruppene vil i realiteten utgjøre et bruksforbud, selv om bruksforbudet bare gjelder en liten prosentandel av befolkningen.

Dernest må man ta stilling til hva bruksreguleringen innebærer innenfor for brukergruppen. Hvis hele brukergruppen er utelukket fra å bruke produktet, er bruksbegrensningen reelt sett et bruksforbud. Det gjelder, som nevnt ovenfor, selv om en stor prosentvis andel av befolkningen fortsatt kan bruke produktet. Hvor kun deler av brukergruppen er utelukket fra å bruke produktet, må man vurdere hvordan bruksbegrensningen rammer. Er det kun en liten andel som ikke kan bruke produktet, eller er det tilnærmet alle. Den prosentvise fordelingen av antall brukere som henholdsvis har lov og ikke har lov til å bruke produktet er ikke avgjørende. Man må se på den reelle bruken den enkelte del av brukergruppen representerer.

Begrensning av hvem som kan kjøre bil i Norge er et eksempel. I Norge er bilbruk begrenset til personer over 18 år.³⁰⁴ Det kan være naturlig å anta at personer over 15 år tilhører produktets brukergruppe. Gruppen som er forhindret fra å bruke produktet utgjør åpenbart en liten del av brukergruppen. Bruksbegrensningen utelukker import av produktet fra andre medlemsland.

9.5.5 Regulering av *når* et produkt kan brukes

Regulering av når et produkt kan brukes angir i hvilke tidsperioder bruk er henholdsvis tillatt eller forbudt. Det kan eksempelvis være regulering av når man kan heise flagg eller når man kan bruke et skateboard. Den norske bruksbegrensningen av fyrverkeri er også et eksempel. Problemstillingen er om reguleringen av når produktet kan brukes er tilnærmet et bruksforbud, slik at import av produkter fra andre medlemsland er utelukket.

³⁰⁴ Veitrafikkloven § 24. For eksempelets skyld ses det bort fra kravet til førekort. Kravet er i seg selv en importrestriksjon, jf. *Toolex*.

Ved vurderingen må først produktets praktiske brukstid fastslås, det være seg når på døgnet eller når på året. Derneft må det vurderes hva bruksbegrensningen medfører innenfor den praktiske brukstiden. Bruk av skateboard og utebelysning illustrerer poenget. Bruk av skateboard er mest praktisk på dagtid/kveldstid, mens bruk av utelys er mest praktisk på kveldstid/nattestid. Dersom bruk av utelys er forbudt til disse tidene, er det i realiteten det samme som et bruksforbud. Motsatt blir det med skateboardreguleringen. Begrensning av skateboardbruk til nattestid vil medføre at ytterst få vil bruke skateboard.

Bruksbegrensningen medfører i realiteten et forbud.

Poenget viser at en rent prosentvis vurderingen av bruksreguleringen vil være uheldig. Selv kortere perioder (utebelysning nattestid) kan i realiteten utgjøre et bruksforbud. Motsatt kan også lengre tidsperioder med forbud ikke utgjøre et bruksforbud, forutsatt at produktet har (mye av) sin praktiske brukstid innenfor den tidsperioden som ikke er forbudt. Et eksempel kunne muligens være hvor bruk av bunad var begrenset til 17.mai.

Selv om all praktisk bruk ikke er avskåret, kan reguleringen vanskeliggjøre bruken på en slik måte at den er et tilnærmet bruksforbud. De norske flaggreglene kan tjene som eksempel. I Nordland, Troms og Finnmark kan man fra november til februar bare heise flagget fra 10.00 til 15.00.³⁰⁵ Det kan hevdes at dette tidsperspektivet gjør flaggbruk praktisk vanskelig og i realiteten utgjør et bruksforbud, fordi folk flest befinner seg på jobb når flagget kan heies og når det må fires. Mot dette kan det hevdes at den praktiske brukstiden for flagg normalt vil være helligdager eller andre offentlige eller private høytidsdager. Slike dager vil denne type tidsbegrensninger ikke ha noen betydning. Men gitt at de ovennevnte tidsbegrensningene gjaldt hele året, og/eller at flagging var et mer dagligdags gjøremål, kunne bruksbegrensningen muligens blitt vurdert i nærheten av et bruksforbud.

³⁰⁵ Forskrift om bruk av stats- og handelsflagg § 6.

9.6 Bruksforbud og dispensasjonsordninger

Bruksreguleringer kan ofte være utformet som bruksforbud med adgang til å gjøre unntak, generelt eller individuelt. Spørsmålet er hvordan slike unntaksordninger skal vurderes.

Det kan fastslås at statene er pliktsubjekter etter EF-traktaten artikkel 28-30. Lokale og regionale offentlige myndigheter, som kommune og fylkeskommune, utgjør også pliktsubjekter.³⁰⁶ Det er uten betydning hvilket myndighetsnivå som har utferdiget bruksreguleringen.

Det følger av rettspraksis at det ikke er tilstrekkelig at et bruksforbud ikke praktiseres som et bruksforbud. Foreligger det et formelt bruksforbud, synes det å være uten betydning at myndighetene ikke lenger håndhever forbudet.³⁰⁷

Når det gjelder dispensasjonsordninger som hviler på et bruksforbud, kan det tenkes ulike reguleringer. Det kan være individuelle eller generelle dispensasjonsordninger, og disse ordningene kan både være lovbudne – myndighetene *må* gi dispensasjon, eller diskresjonære – myndighetene *kan* gi dispensasjon.

Når det gjelder de individuelle ordningene vil disse i seg selv utgjøre importrestriksjoner.³⁰⁸ Dette må gjelde uavhengig av om ordningen skal praktiseres som et lovbundet skjønn eller diskresjonærskjønn.

Vurderingen av generelle dispensasjonsordninger er avhengig av hvordan den er utformet. Ordning kan for det første være utformet som et generelt forbud i kombinasjon med

³⁰⁶ *Aragonesa* premiss 8. Domstolene og domstolslignende forvaltningsorganer regnes også som pliktsubjekter, jf. *Rognstad i EØS-rett* (2004) side 297.

³⁰⁷ Sak 167/73 (*Kommisjonen mot Frankrike*). Saken gjaldt fransk lovgivning som påbød at visse stillinger om bord på skip ble besatt av personer med fransk nasjonalitet. Kommisjonen mente dette var diskriminering. Frankrike fremholdt derimot at det var gitt muntlig pålegg om ikke å forskjellsbehandle arbeidstakere fra andre EF-stater. EF-domstolen fant ikke at endret praktisering av loven var tilstrekkelig. Domstolen fremholdt at opprettholdelsen av loven medførte en uklar og usikker rettsstilstand. Til tross for at påbudet ikke ble praktisert, utgjorde reguleringen et traktatbrudd, jf. premiss 47-48.

³⁰⁸ *Toolex* premiss 37.

diskresjonærskjønn, myndighetene *kan* tillate bruk. Denne kompetansen kan ligge hos nasjonale, regionale eller lokale myndigheter. Selv om en vurdering av å åpne et område for bruk skal skje ut fra visse momenter, vil det være helt legitimt om myndighetene ikke velger å åpne for bruk. For det andre kan ordningen være et lovfestet bruksforbud, men hvor myndighetene *må* tillate bruk dersom visse vilkår er oppfylt. Det synes som om sistnevnte ordning er i tråd med EF-rettens krav, mens førstnevnte ordning nok ikke vil være det.

Det er statens ansvar å sørge for at de EF-rettslige forpliktelsene overholdes. Dersom oppfyllelsen overlates til lokale eller regionale myndigheter, må de sørge for en regulering som klart og entydig viser at forpliktelsene er oppfylt. Det kan dermed ikke være opp til lokale eller nasjonale myndigheter hvordan de skal gjøre bruk av kompetansen. Nasjonale myndigheter må dermed gjennom bindende bestemmelser sikre en reel bruk av produktet.³⁰⁹

³⁰⁹ Med mindre et bruksforbud kan opprettholdes fordi det søker å ivareta et legitimt hensyn og regulering er proporsjonalt.

10 Bruksreguleringer og bagatellunntak

10.1 Innledning

På varerettens område har det etter fast praksis vært en oppfatning om at dersom tiltaket utgjør en importrestriksjon, er det uten betydning at tiltakets effekt på samhandelen er bagatellmessig.³¹⁰ Nyere avgjørelser fra EF-domstolen kan imidlertid tyde på en utvikling når det gjelder denne praksisen. Problemstillingen i dette kapitlet er hvordan *Moped- og Vannscootersakene* forholder seg til EF-domstolens praksis vedrørende bagatellmessige virkninger på samhandelen.

10.2 Bagatellunntak

10.2.1 Bagatellunntak innenfor konkurranseretten

Spørsmålet om bagatellmessige importrestriksjoner har sin parallell innenfor konkurranseretten, og det er ofte denne de minimis-regelen det refereres til ved spørsmålet om bagatellmessige virkninger på vareområdet.³¹¹ En de minimis-regel er tolket inn i artikkel 81 (1).³¹² Bestemmelsen kommer bare til anvendelse hvor avtaler mellom foretak, beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som *merkbar* påvirker samhandelen i fellesskapet, og har som formål eller virkning *merkbar* å hindre, innskrenke eller vri konkurransen.³¹³ Vurderingen av om påvirkningen av konkurransen og samhandelen er merkbar, beror på en helhetsvurdering av blant annet avtalepartenes størrelse, særlige markedskarakteristika og karakteren av de aktuelle kontraktsvilkårene.³¹⁴ Det vil si at en avtale som kun har ubetydelige konkurransebegrensende virkninger, faller utenfor anvendelsesområdet til artikkel 81(1).

³¹⁰ På konkurranserettens område har man sett bort fra bagatellmessige avtaler. Se nærmere nedenfor. På konkurranserettens område brukes begrepet de minimis-regel om dette. Å benytte dette begrepet innenfor vareområde blir derimot feil siden vurderingene eventuelt ikke vil være de samme. Bagatellunntak er derfor et bedre begrep på vareområdet.

³¹¹ De minimis-regelen kommer fra romerretten, og betyr at loven ikke bryr seg med bagateller. For en nærmere redegjørelse av denne regelen, se *Rognstad (1992)*.

³¹² Artikkel 53(1) i EØS-avtalen.

³¹³ Sak 56/65.

³¹⁴ *Rognstad (1992) side 39.*

10.2.2 Bagatellunntak på varerettens område

Når merkbarhetskriteriet er forsøkt overført til vareretten, er spørsmålet om nasjonale importrestriksjoner som har en bagatellmessig effekt på samhandelen likevel ikke bør utgjøre en importrestriksjon. Vurderingen fra konkurranseretten kan imidlertid ikke overføres til vareretten. Det er ikke det samme partsforholdet innenfor vareretten, som igjen innebærer at momenter som den enkelte aktørs markedsandel og karakteren av kontraktsvilkårene ikke er relevante. Innenfor artikkel 28, kan spørsmålet om bagatellmessige virkninger ses på tre forskjellige måter. For det første kan regelen i seg selv ha så liten effekt på samhandelen at den ikke utgjør en importrestriksjon. Eksempelvis at den indirekte diskriminerende effekten av en regel kun er av bagatellmessig karakter.³¹⁵ For det andre kan reguleringen, som utgjør en importrestriksjon, ha et så lite geografisk anvendelsesområde at den ikke utgjør en importrestriksjon. For det tredje kan det tenkes at reguleringen kun retter seg mot et fåtall aktører, og derfor ikke utgjør en importrestriksjon.

Det følger av EF-domstolens praksis at man ikke har en regel for bagatellunntak på varerettens område.³¹⁶

I *Van de Haar* understreket EF-domstolen følgende:

” [...] the treaty does not distinguish between measures having an effect equivalent to quantitative restrictions according to the **degree** to which trade between member states is affected. If a national measure is capable of hindering imports it must be regarded as a measure having an effect equivalent to a quantitative restriction, even though the hindrance is **slight** and even though it is possible for imported products to be marketed in other ways.”³¹⁷ (min uthevning)

³¹⁵ Se *Burmanjer*.

³¹⁶ *Van de Haar* og *Bluhme*.

³¹⁷ Premiss 13. Passusen er gjentatt i andre avgjørelser, se for eksempel *Resirkulering I* og *Resirkulering II*, som er henholdsvis en traktatbruddssak og en forhåndsuttalelse fra EF-domstolens storkammer om regulering av ikke-resirkulerbar emballasje.

Det har vært hevdet at adekvansprinsippet – reguleringer som har en for indirekte og usikker effekt – innebærer en skjult innføring av et bagatellunntak.³¹⁸ En slik forståelse av adekvansprinsippet står i kontrast til EF-domstolens uttalelser i *Van de Haar* og etterfølgende saker. EF-domstolen har også selv fremholdt at adekvansprinsippet ikke utgjør et bagatellunntak. EF-domstolen avklarte implisitt forholdene mellom adekvansprinsippet og et bagatellunntak i *Yves Rocher*.³¹⁹

Saken gjaldt regler som forbød å reklamere med prissammenligninger mellom gammel og ny pris. EF-domstolen fant at reglene var i stand til å begrense importen, og at de derfor utgjorde en importrestriksjon.

De tyske myndighetene hadde argumentert med at reguleringen kun påvirket samhandelen i liten grad, og at den derfor ikke utgjorde en importrestriksjon. Til det uttalte EF-domstolen:

” On this point, leaving aside rules having merely hypothetical effect on intra-Community trade, it has been consistently held that Article 30 of the Treaty does not make a distinction between measures which can be described as measures having equivalent effect to a quantitative restriction according to the magnitude of the effects they have on trade within the Community.”³²⁰

Adekvansprinsippet kommer til anvendelse på reguleringer som ikke utgjør en importrestriksjon. For reguleringer som utgjør en importrestriksjon, er det uten betydning hvilken effekt reguleringen har på samhandelen.

I *Bluhme* fant EF-domstolen at et importforbud mot bier til en liten dansk øy utgjorde en importrestriksjon, uavhengig av at reguleringen kun fikk anvendelse på et begrenset geografiske område innenfor medlemsstaten.³²¹

³¹⁸ *Arnall (2006)* side 440. Se nærmere om adekvansprinsippet i kapittel 11. Etter min mening vil synspunktet om at adekvansprinsippet utgjør et bagatellunntak ha sammenheng med synet på artikkel 28s anvendelsesområde. En vid forståelse av artikkel 28 i tråd med den tradisjonelle forståelsen av *Dassonville*-formelen, vil også innebære at adekvansprinsippet utgjør et bagatellunntak.

³¹⁹ Sak C-126/91. Se også *Enchelmaier (2003)* side 291.

³²⁰ *Yves Rocher* premiss 21.

³²¹ *Bluhme* premiss 20.

Denne rettstilstanden innebærer at dersom et tiltak først karakteriseres som en importrestriksjon, er det uten betydning hvilken utstrekning det har eller dets (markedsmessige) effekt på samhandelen.

10.2.3 Står den tradisjonelle læren på vareområdet for fall?

I den senere tid kan man spore en viss utvikling i EF-domstolens praksis, mot at tiltak med en handelshindrende effekt ikke utgjør en importrestriksjon fordi reguleringen kun har en bagatellmessig virkning.

Det er særlig EF-domstolens uttalelse i *Burmanjer* som synes å åpne for bagatellunntak.³²² Uttalelsen ble avsagt i mai 2005,³²³ og gjaldt et belgisk krav til forhåndsgodkjennelse før man kunne selge tidsskriftsabonnement på gaten. EF-domstolen uttalte at dersom den belgiske regelen ledet til faktisk forskjellsbehandling, ville denne forskjellsbehandlingen være for ubetydelig og usikker til å utgjøre en importrestriksjon.³²⁴ Ordlyden i avgjørelsen gir uttrykk for et unntak for bagatellmessige virkninger, idet faktisk forskjellsbehandling etter fast praksis er å anse som en importrestriksjon. Til forskjell fra adekvansprinsippet hvor EF-domstolen benytter passusen ”for usikker og indirekte”, gjør de i denne avgjørelsen bruk av begrepet ”for indirekte og ubetydelig”. Ved å si at diskriminering kan være ubetydelig, indikerer EF-domstolen at ikke enhver faktisk forskjellsbehandling utgjør en importrestriksjon.

³²² Slik også *Spaventa* (2009)a side 258, *Doukas* (2006-2007) side 209 og *Bull Norsk Lovkommentar* til EØS-loven note 33 punkt 3. Avlest 16.11.2009.

³²³ Etter søk på rettspraksis synes dette i tid å være etter den siste avgjørelsen hvor *Van de Haar* er sitert, som er *Resirkulering I* og *Resirkulering II* fra 2004.

³²⁴ *Burmanjer* premiss 31.

I september 2007 fant EF-domstolen i *Bilregistreringsavgiftsdommen* at en avgift for identifiseringskontroll av importerte bruktbiler var så lav at den ikke kunne antas å ha noen effekt på samhandelen.³²⁵

Disse to sakene avviker fra den tradisjonelle holdningen EF-domstolen har hatt til bagatellunntak på vareområdet, og trekker i retning av at EF-domstolen åpner for et unntak for bagatellmessige virkninger på samhandelen.

Moped- og Vannscootersakene tolket som at betydelige hindringer i samhandelen utgjør importrestriksjoner, vil være i tråd med den utviklingen i rettspraksis *Burmanjer* representerer.³²⁶ Importrestriksjoner som ikke har betydelig virkning på samhandelen vil da ikke utgjøre en importrestriksjon.³²⁷

10.2.4 Etablerer Vannscooteravgjørelsen et bagatellunntak?

Spørsmålet i dette kapittelet er om *Moped- og Vannscootersakene* etablerer et bagatellunntak for importrestriksjoner som kun får anvendelse på et geografisk avgrenset område.

Det følger av rettspraksis at lokale importforbud utgjør en importrestriksjon.³²⁸ Som tidligere hevdet vil et bruksforbud og et importforbud ha samme virkning på markedet.³²⁹ Problemstillingen er om det etableres et unntak for importrestriksjoner med begrenset anvendelsesområde når det følger av tolkningen av *Moped- og Vannscootersakene* at et lokalt bruksforbud ikke nødvendigvis utgjør en importrestriksjon.

³²⁵ Sak C-297/05 premiss 61. Slik *Bull* Norsk Lovkommentar til EØS-loven note 33 punkt 3. Sak C-134/03 *Viacom* indikerer bagatellunntak på tjenesteområdet. Se nærmere redegjørelse hos *Doukas* (2006-2007).

³²⁶ Se kapittel 8.3.3.

³²⁷ Slik også *Barnard* (2007) side 157 om *Burmanjer*.

³²⁸ *Bluhme* premiss 20.

³²⁹ Se kapittel 7.

Problemstillingen må vurderes todelt, etter hva slags type vare man står overfor: ikke-stedbudne eller stedbudne.

For ikke-stedbudne varer vil ikke et lokalt bruksforbud ha samme virkning som en et lokalt importforbud. De ulike reguleringene rammer ikke nødvendigvis samme aktør. Lokale bruksforbud rammer brukeren av produktet. Reguleringen vil kun ha betydning for markedsaktøren hvis det innenfor et større geografisk område ikke er muligheter for reell bruk. For importør av varen har ikke det lokale bruksforbudet noen betydning for om import av produktet er utelukket. Så sant det innenfor et geografisk avgrenset område er reelle bruksmuligheter, vil et lokalt bruksforbud kun medføre salgsreduksjon for importør/selger av produktet. En ren salgsreduksjon er ikke beskyttet av EF-traktaten.³³⁰ Et lokalt bruksforbud og et lokalt importforbud er dermed ikke samme type reguleringer. Lik rettslig behandling av disse er dermed ikke påkrevd.³³¹

For stedsbudne varer stiller saken seg annerledes. Et bruksforbud mot gressklippere i Bærum vil ha samme betydning for markedsaktøren som et importforbud mot gressklippere. Hvis beboerne i Bærum ikke kan bruke gressklipper, har de heller ingen interesse i produktet, som igjen utelukker import av produktet.³³² Hvis slike lokale bruksforbud må vurderes i en større geografisk kontekst, vil det innebære at man etablerer et unntak for importrestriksjoner som kun får begrenset geografisk anvendelse. Det vil i så fall være en endring av gjeldende rett.³³³

³³⁰ *A-punkt* premiss 21. Der import av produktet er utelukket vil det ikke være noe salgsvolum. Disse to situasjonene må holdes fra hverandre.

³³¹ Det kan trekkes en parallell til salgsreguleringer. Ved vurderingen av kravet om at morsmelkerstatning bare kunne selges på apotek, tok ikke EF-domstolen i betraktning antall utsalgssteder og den geografiske plasseringen av disse, jf. *Morsmelkerstatning*. Reguleringen etablerte ikke et bagatellunntak.

³³² Tilsvarende EF-domstolens resonnement i *Mopedsaken* premiss 56-57.

³³³ Krf. *Bluhme* premiss 20.

10.3 Oppsummering

Moped- og Vannscootersakene etablerer ikke noe unntak for importrestriksjoner som kun får avgrenset anvendelse innenfor en medlemsstat. Lokale bruksforbud rammer ikke nødvendigvis importøren av produktet, men bare brukeren. Et lokalt bruksforbud og et lokalt importforbud er derfor ikke tilsvarende reguleringer, og de krever ikke lik rettslig behandling.

11 Bruksreguleringer og adekvansprinsippet

11.1 Innledning

EF-domstolen har i mange saker om artikkel 28 uttalt at reguleringen har en ”for indirekte og usikker” effekt til å utgjøre en importrestriksjon.³³⁴ Praksisen omtales i norsk juridisk teori som adekvansprinsippet.³³⁵ Hvordan adekvansprinsippet skal anvendes i praksis, synes usikkert. I dette kapittelet vil jeg vurdere den underliggende begrunnelsen for adekvansprinsippet og hvilken betydning prinsippet har for bruksreguleringer.

11.2 Hva er adekvansprinsippet?

EF-domstolen har anvendt adekvansprinsippet på ulike nasjonale reguleringer, uten selv å ha gitt noen retningslinjer for hvordan prinsippet skal anvendes.³³⁶

Det skal ikke undervurderes at EF-domstolen har anvendt adekvansprinsippet i saker hvor det å anføre artikkel 28 var rent spekulativt, og virkningen på samhandelen var høyst hypotetisk.³³⁷ Prinsippet kan med andre ord ses som en sekkebestemmelse av saker som domstolen mener ikke utgjør en importrestriksjon, og hvor resultatet ut fra sakens natur ikke krever noen nærmere begrunnelse. I saker hvor adekvansprinsippet har vært benyttet trenger derfor ikke den underliggende begrunnelsen for å skjære reguleringer klar av artikkel 28, alltid ha vært den samme. Som jeg kommer tilbake til nedenfor, har EF-domstolen brukt adekvansprinsippet i to forskjellige tilfeller.

³³⁴ Eksempelvis i Krantz. Adekvansprinsippet er også anvendt innenfor de andre frihetene, se sak C-190/98 *Graf* om fri bevegelse av personer og de forenede saker C 418/93, C-419/93, C-420/93, C-421/93, C-460/93, C-461/93, C-452/93, C-464/93, C-9/94, C-10/94, C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 og C-332/94 *Sameraro Casa* om etableringsretten.

³³⁵ *Bull* (2002) side 491 flg. *Rognstad* i EØS-rett (2004) side 303 bruker adekvanskraft. *Nordby* (1998) side 90 flg. bruker imidlertid uttrykket ”usikkerhetsdoktrine” om det samme prinsippet. Jeg velger å bruke ”adekvansprinsippet”, fordi det til en viss grad synes å ha festnet seg i norsk juridisk teori.

³³⁶ Se *Nordby* (1998) side 93 som peker på at vurderingstemaet er skjønsmessig og ikke nærmere klarlagt.

³³⁷ *Yves Rocher* premiss 21. Slik også *Gormley* (2008)*b* side 203 note 85 og *Snell* (upublisert).

Adekvansprinsippet innebærer at reguleringer som er opprinnelsesnøytrale, som ikke har til formål å regulere samhandelen og som har for usikker og indirekte restriktiv effekt på samhandelen, ikke utgjør importrestriksjoner etter artikkel 28.³³⁸

Når det gjelder prinsippets første vilkår, at den nasjonale reguleringen er opprinnelsesnøytral, følger det allerede av EF-domstolens øvrige rettspraksis. Dersom en regulering er direkte eller indirekte diskriminerende, utgjør den nasjonale reguleringen uten videre en importrestriksjon.³³⁹ Det kan i den forbindelse bemerkes at EF-domstolen i en relativt ny avgjørelse, *Burmanjer*, indikerer at ikke all faktisk forskjellsbehandling nødvendigvis utgjør en importrestriksjon.³⁴⁰

Det andre vilkåret er at den nasjonale reguleringen ikke må ha til formål å regulere samhandelen. Vilåret synes å innebære at den nasjonale regelen ikke må regulere handel i det hele tatt.³⁴¹ Det har vært tilfelle i sakene hvor adekvansprinsippet har vært benyttet, muligens med unntak av *Motorradcenter* som gjaldt opplysningsplikt i kontraktsforhold.³⁴² Det må anses som en handelsregulering. Det er vanskelig å se en annen forståelse av vilkåret. Dersom et medlemsland har hatt til formål å regulere samhandelen, har det formodningen mot seg at reguleringen de har valgt har for indirekte og usikker virkning på samhandelen.³⁴³

Det siste vilkåret er at reguleringens restriktive effekt på samhandelen er for indirekte og usikker. EF-domstolen har anvendt dette vilkåret i to ulike tilfeller.

³³⁸ *Krantz* premiss 10 og 11.

³³⁹ Se *Mopedsaken* premiss 34 og for eksempel *Irske rør* premiss 16 og 20. I sak C-412/97 *ED*, en sak hvor adekvansprinsippet ble anvendt under artikkel 29, la derimot EF-domstolen ingen vekt på at de italienske prosessreglene fikk ulik anvendelse avhengig av om forkynnelse skulle skje i Italia eller i utlandet.

³⁴⁰ Se kapittel 10.2.3.

³⁴¹ *Spaventa* (2009)a side 252. *Semeraro Casa* premiss 32 om etableringsretten gir uttrykk for at adekvansprinsippet skal forstås slik. Denne forståelsen av vilkåret innebærer at adekvansprinsippet kan komme til anvendelse på reguleringer som ikke dekkes av *Keck*-doktrinen "visse former for salg."

³⁴² Sak C-93/92 *Motorradcenter*. I denne saken var det imidlertid ikke opplysningsplikten som kunne utgjøre en handelshindring, se rett nedenfor.

³⁴³ Se *Bull* (2002) side 497.

For det første er adekvansprinsippet anvendt i tilfeller hvor det i det hele tatt ikke var årsakssammenheng mellom regelen og den påståtte hindringen. Det var tilfelle i *Krantz*, som gjaldt nederlandske regler som ga skatteoppkreveren rett til utlegg i varer solgt på avbetaling ved mislighold av skattekrav. EF-domstolen fant at det ikke var noen sikker sammenheng mellom regelen og den påståtte salgshindringen regelen utgjorde:

”Furthermore, the possibility that nationals of other Member States would hesitate to sell goods on installment terms to purchasers in the Member State concerned because such goods would be liable to seizure by the collector of taxes if the purchasers failed to discharge their Netherlands tax debts is too uncertain and indirect to warrant the conclusion that a national provision authorizing such seizure is liable to hinder trade between Member States.”³⁴⁴

Det samme kom EF-domstolen til i *Motorradcenter*, som gjaldt selgers opplysningsplikt i kontraktsforhold, nærmere bestemt opplysninger om at autoriserte verksteder mest sannsynlig ville nekte å foreta reparasjon på parallellimporterte motorsykler. EF-domstolen påpekte at det ikke var opplysningsplikten i seg selv som ville føre til handelshindringen, men det faktum at autoriserte verksteder ville nekte å forta service på motorsyklene. Det var ingen årsakssammenheng mellom opplysningsplikten og den påståtte handelshindringen.³⁴⁵

I *Krantz* og *Motorradcenter* ser man at den eventuelle handelshindringen var avhengig av tredjeparters oppførsel.³⁴⁶

For det andre er adekvansprinsippet anvendt i tilfeller hvor det er årsakssammenheng mellom regelen og den påståtte hindringen, men den restriktive virkning på samhandelen er for usikker og indirekte til at regelen utgjør en importrestriksjon. Det er spørsmål hva dette vilkåret innebærer, nærmere bestemt hva som er den underliggende begrunnelsen for at det ikke foreligger en importrestriksjon i disse sakene.

³⁴⁴ *Krantz* premiss 11.

³⁴⁵ *Motorradcenter* premiss 11 og 12.

³⁴⁶ EF-domstolen fant heller ikke at det var noen årsakssammenheng mellom den nasjonale prosessregelen og den påståtte hindringen i *ED*, som gjaldt artikkel 29. Tilsvarende *Graf* premiss 25.

Uttrykket ”indirekte og usikker” synes først og fremst å være en uttrykksmåte, snarere enn begreper med presist innhold. Det gjenspeiles først og fremst ved at EF-domstolen har benyttet begrepet både i sakene om manglende årsakssammenheng nevnt ovenfor og i de øvrige sakene hvor reguleringene ikke er funnet å utgjøre en importrestriksjon. Det kan være nærliggende å anta at begrepet ”indirekte” refererer seg til reguleringens art – at tiltaket ikke regulerer handel i det hele tatt. Hva ”usikker” innebærer, blir et spørsmål om hva ”usikker” relaterer seg til. I EF-domstolens avgjørelser heter det at den restriktive effekten på samhandelen er ”usikker”. Det kan forstås på to måter.

”Restriktiv effekt på samhandelen” kan for det første bety effekt på det totale salgsvolumet. Tolkningsalternativet har bakgrunn i den tradisjonelle forståelsen av *Dassonville*-formelen, hvor tiltak som potensielt kan redusere det totale salgsvolumet, utgjør en importrestriksjon. Adekvansprinsippet innebærer da at reguleringen ikke engang anses å ha en potensiell påvirkning av samhandelen volummessig. EF-domstolens anvendelse av adekvansprinsippet er imidlertid ikke i tråd med en slik forståelse. I enkelte av sakene må de nasjonale reglene sies å ha hatt en potensiell virkning på samhandelen, om enn meget begrenset.³⁴⁷ Det gjaldt for eksempel *BASF*, en sak om patentregler som krevde at patentsøkeren måtte oversette patentspesifikasjonen til medlemslandets offisielle språk.³⁴⁸ EF-domstolen fant at reguleringen hadde en for usikker og indirekte virkning til å utgjøre en importrestriksjon for varer.³⁴⁹ Det indikerer at adekvansprinsippet vanskelig kan være forbeholdt nasjonale regler som ikke engang kan medføre en potensiell reduksjon av salgsvolumet.

En annen forståelse av ”for usikker virkning på samhandelen” er at reguleringen har en for usikker virkning på ”markedsadgangen”, og derfor ikke utgjør en importrestriksjon.³⁵⁰

³⁴⁷ Slik også *Torgersen* (1999) side 378.

³⁴⁸ Sak C-44/98.

³⁴⁹ Det samme gjaldt reglene i C-379/92 *Peralta*, C-96/94 *Centro Servizi*, C-134/94 *Esso*, C-140-141-142/94 *DIP* og C-266/96 *Corsica Ferries*.

³⁵⁰ *Bull* (2002) side 497 heller tilsynelatende mot dette tolkningsalternativet. Også *Rognstad* i *EØS-rett* (2004) side 368.

Begrepet ”markedsadgang” er ikke nevnt i avgjørelsene om adekvansprinsippet. For ikke-diskriminerende tiltak er derimot ”markedsadgang” ofte benyttet som begrep for å beskrive restriksjonsbegrepets innhold. Det innebærer at forståelsen av adekvansprinsippet er avhengig av synet på rekkevidden av artikkel 28 for ikke-diskriminerende tiltak og begrepet ”markedsadgang”.³⁵¹ Adekvansprinsippet er eksempelvis benyttet som avgrensning for en markedsadgangsvurdering av hvilke ulemper tiltaket medfører for importør av produkter fra andre medlemsland.³⁵² En snevrere forståelse av anvendelsesområdet til artikkel 28 og begrepet ”hindring av markedsadgangen”, vil innebære et tilsvarende vidt anvendelsesområde for adekvansprinsippet.

Dersom ”hindring av markedsadgangen” forstås slik at ulemper ikke-diskriminerende tiltak medfører for selger og importør er tilstrekkelig til å utgjøre en importrestriksjon, er det hevdet at adekvansprinsippet vil utgjøre begrepets nedre grense.³⁵³ Adekvansprinsippet vil da få anvendelse på reguleringer som ikke engang kan innebære en ulempe for selger og importør av produktet. Tiltak hvor adekvansprinsippet til nå har fått anvendelse, vil det være nærliggende å anta at også faller utenfor markedsadgangsbegrepet. Det er likevel vanskelig å se hvordan adekvansprinsippet vil få anvendelse utover de helt hypotetiske tilfellene. Verken markedsadgangsbegrepet eller adekvansprinsippet synes egnet til å skape klare grenser for artikkel 28.

Denne forståelsen av adekvansprinsippet innebærer at *Keck*-doktrinen og adekvansprinsippet ikke er utslag av samme underliggende prinsipp. *Keck*-doktrinen har fått anvendelse på visse ikke-diskriminerende salgsreguleringer som ikke har utelukket import av utenlandske produkter (”prevented market access”).³⁵⁴ *Keck*-doktrinen er dermed anvendt på reguleringer som medfører ulemper for importør og selger av produkter fra andre medlemsland. Det gjelder hovedsakelig reklamereguleringene som er funnet å falle

³⁵¹ Se nærmere om begrepet markedsadgang i kapittel 8.2

³⁵² Generaladvokat *Bot* i *Mopedssaken* premiss 117.

³⁵³ Generaladvokat *Bot* ser adekvansprinsippet som reguleringer som ikke utgjør en markeds hindring etter hans vide forståelse av markedsadgangsbegrepet, jf. *Bot* i *Mopedssaken* premiss 117. Se også kapittel 8.3.3.

³⁵⁴ Se del III.

utenfor anvendelsesområdet til artikkel 28.³⁵⁵ Hvis adekvansprinsippet får anvendelse hvor det ikke foreligger en ulempe for selger, er det en annen begrunnelse bak dette prinsippet enn bak *Keck*-doktrinen. Det kan da ikke hevdes at *Keck*-doktrinen er en spesifikk anvendelse av adekvansprinsippet.³⁵⁶

Dersom ”hindring av markedsadgangen” forstås som at import av produktet er utelukket, gis adekvansprinsippet en vid anvendelse.³⁵⁷ Reguleringer som ikke utelukker import av produktet faller da innenfor adekvansprinsippets anvendelsesområde.³⁵⁸ Det innebærer i så fall at et ikke-diskriminerende tiltak enten utelukker import av varer fra andre medlemsland eller så har tiltaket en for indirekte og usikker virkning på samhandelen. Usikker og indirekte effekt på samhandelen vil da være det samme som at reguleringen ikke ”hindrer produktets markedsadgang”.

En slik forståelse av adekvansprinsippet innebærer at *Keck*-doktrinen kun er en spesifikk anvendelse av adekvansprinsippet.³⁵⁹ Adekvansprinsippet og *Keck*-doktrinen er anvendt parallelt innenfor artikkel 28. Det taler for at de er utslag av samme prinsipp, men at *Keck*-doktrinen bare gjelder for visse former for salg. Adekvansprinsippet qua *Keck*-doktrine får anvendelse på salgsreguleringer, mens ”det alminnelige” adekvansprinsippet får anvendelse på reguleringer som ikke regulerer handel i det hele tatt.³⁶⁰

På den ene siden er det klart at dette tolkningsalternativet ikke harmonerer med tilfellene som adekvansprinsippet til nå er blitt anvendt på, hvor virkningen på samhandelen var høyst potensiell, og langt fra å utelukke import fra andre medlemsstater. Og det kan tenkes at EF-domstolen for fremtiden vil reservere prinsippet for slike mer hypotetiske tilfeller. På den annen side utelukker ikke dette argumentet at den underliggende begrunnelsen for adekvansprinsippet rekker lenger.

³⁵⁵ *Hünermund, Leclerc-Siplec og Karner.*

³⁵⁶ Se *Bull (2002)* side 496-498 om denne diskusjonen.

³⁵⁷ Se tolkningen av *Moped- og Vannscootersakene* kapittel 8.3.2.

³⁵⁸ Tilsynelatende slik *Bull (2002)* side 497.

³⁵⁹ *Bull (2002)* side 497. Se kapittel 13.2.

³⁶⁰ *Spaventa (2009)a* side 252. Se kapittel 13.2 for spørsmålet om *Moped- og Vannscootersakene* innebærer at *Keck*-doktrinen endres.

Som tidligere nevnt er min oppfatning at det er mest naturlig å forstå markedsadgangsbegrepet på vareområdet slik at det rammer reguleringer som utelukker import av produkter fra andre medlemsland.³⁶¹ Det medfører samtidig at adekvansprinsippet forstås som de reguleringer som ikke har en slik utelukkende virkning. I *Moped- og Vannscootersakene* benyttet EF-domstolen begrepet ”hindring av markedsadgangen”. Det vil da være naturlig at domstolen finner at ikke-diskriminerende tiltak enten hindrer eller ikke hindrer markedsadgangen. Bruk av adekvansprinsippet vil dermed ikke være nødvendig.

11.3 Bruksreguleringer og adekvansprinsippet

Forut for *Moped- og Vannscootersakene* ble adekvansprinsippet diskutert som et mulig vurderingstema for anvendelsen av artikkel 28 på bruksreguleringer.³⁶²

Det kunne hatt noe for seg all den tid bruksreguleringer faller i samme kategori som de tilfellene hvor adekvansprinsippet er anvendt. Bruksreguleringer er normalt opprinnelsesnøytrale og formålet med bruksreguleringer er ikke å regulere samhandelen i fellesskapet eller handel i det hele tatt. Det er vanskelig å tenke seg tilfeller hvor det ikke er årsakssammenheng mellom bruksreguleringen og en påstått handelshindring som følge av denne. Det må kunne antas at enhver bruksregulering i alle fall potensielt vil kunne lede til en salgsreduksjon fordi forbrukeren ikke ønsker produktet.

Problemet med å anvende adekvansprinsippet som vurderingstema for bruksreguleringer, er usikkerheten knyttet til hva som ligger i at den restriktive virkningen er for indirekte og usikker.³⁶³ Forståelsen synes å være avhengig av forståelsen av anvendelsesområdet til

³⁶¹ Se kapittel 8.4.

³⁶² Adekvansprinsippet var anført som vurderingstema av de nederlandske myndighetene i *Mopedsaken*, jf. *Mopedsaken* premiss 30.

³⁶³ *Horsley* mener tilsynelatende at det er lite sannsynlig at adekvansprinsippet får anvendelse på bruksreguleringer, ut fra EF-domstolens uttalelser om påvirkningen av etterspørselen i *Moped- og*

artikkel 28. Slik jeg forstår *Moped- og Vannscootersakene* og den underliggende begrunnelsen for adekvansprinsippet, vil ikke prinsippet ha noen selvstendig betydning. Adekvansprinsippet ville kunne fått anvendelse på de bruksreguleringene som ikke utelukker import av produkter fra andre medlemsland, siden den restriktive effekten på samhandelen da vil være for ”usikker og indirekte”. Etter EF-domstolens begrepsbruk i *Moped- og Vannscootersaken* vil det være mer naturlig å si at markedsadgangen enten er hindret eller ikke hindret, og ikke benytte adekvansprinsippet i det sistnevnte tilfelle. Etter min mening er det derfor åpenbart en fordel at EF-domstolen ikke valgte adekvansprinsippet som løsning i *Moped- og Vannscootersakene*.

11.4 Oppsummering

Det er usikkert hva adekvansprinsippet innebærer, og prinsippet er etter min mening ikke egnet som vurderingstema for artikkel 28. Hvordan man tolker adekvansprinsippet synes å være avhengig av hvordan man forstår anvendelsesområdet til artikkel 28. Det kan derfor hevdes at adekvansprinsippets underliggende begrunnelse er at ikke-diskriminerende tiltak som ikke utelukker import av varer fra andre medlemsland, har en ”for usikker og indirekte effekt” og ikke utgjør en importrestriksjon. Etter avgjørelsen i *Moped- og Vannscootersakene* kan det synes som om EF-domstolen vil benytte hindrer eller ikke hindrer produktets markedsadgang, fremfor ”for usikker og indirekte virkning på samhandelen”. Man bør vel uansett ikke se bort fra at EF-domstolen vil benytte adekvansprinsippet i et tilfelle av en bruksregulering som må anses å ha en helt hypotetisk effekt på import av varer fra andre medlemsland.

Vannscootersakene. Han mener dette i alle fall må gjelde for bruksforbud og restriktive bruksbegrensninger, jf. *Horsley (2009)* side 2016.

12 Bevis for restriksjon

12.1 Innledning

I utgangspunktet har parten som hevder at det foreligger en importrestriksjon, bevisbyrden. Når importrestriksjonen er etablert, går derimot byrden over på nasjonale myndigheter, som må bevise at regelen er legitimt begrunnet og proporsjonal.³⁶⁴ Hvor lett det vil være å vinne frem med at det foreligger en restriksjon, er avhengig av vurderingstemaet.

Problemstillingen i dette kapittelet er hva som skal til etter *Moped- og Vannscootersakene* for å vinne frem med at det foreligger en importrestriksjon etter artikkel 28.

12.2 Bevis

EF-retten anvendes primært av de nasjonale domstolene. I utgangspunktet gjelder de nasjonale prosessreglene i saker som omfatter EF-retten.³⁶⁵ Felleskapsretten stiller imidlertid krav til ikke-diskriminering og effektivitet.³⁶⁶ For norske domstoler gjelder derfor i utgangspunktet et krav om sannsynlighetsovervekt for at det foreligger en importrestriksjon. Hva som skal bevises er avhengig av vurderingstemaet.

Etter *Dassonville*-formelen er det tilstrekkelig å bevise at tiltaket medfører en potensiell salgsreduksjon for at det skal foreligge en importrestriksjon.³⁶⁷ Det er ikke tilstrekkelig etter *Keck*-doktrinen, hvor det må bevises at tiltaket er egnet til å påvirke omsetningen av utenlandske og innenlandske varer forskjellig, rettslig eller faktisk.³⁶⁸ Ved rettslig diskriminering er det tilstrekkelig å vise til bestemmelsen hvor dette fremgår. Det er ikke krav om bevis for at regelen faktisk virker ulikt på omsetningen av utenlandske varer.³⁶⁹

³⁶⁴ Sak C-17/93 premiss 15-18.

³⁶⁵ Sak C-231/96 *Edis* premiss 19.

³⁶⁶ Se nærmere *Lenaerts/Arts/Maselis* (2006) side 83 flg.

³⁶⁷ *Pedicel* premiss 45 og C-434/04 *Ahokainen* premiss 18.

³⁶⁸ *Keck-avgjørelsen* premiss 13. Dersom tiltaket er ikke-diskriminerende må det eventuelt bevises at produktet er utelukket fra markedet. Se Del III.

³⁶⁹ Sak C-237/94 premiss 21 og *Davies* (2003) side 97. Tilsynelatende motsatt *Barnard* (2007) side 156, som mener det under *Keck*-doktrinen må bevises aktuell/faktisk forskjellsbehandling. Dette er ikke i tråd med blant annet *Morsmelkerstatning*, *Gourmet*, *Deutscher Apothekerverband*.

Keck-doktrinen medfører dermed andre og strengere krav for at det skal foreligge en importrestriksjon, enn hva *Dassonville*-formelen krever.³⁷⁰

Når det gjelder vurderingstemaet etter *Moped- og Vannscootersakene*, må det enten bevises at bruksreguleringen behandler utenlandske produkter mindre fordelaktig eller at bruksreguleringen hindrer produktets adgang til markedet.³⁷¹ Hva gjelder diskriminering, medfører avgjørelsen det samme som *Keck*. Hva som kreves for å utgjøre en importrestriksjon når bruksreguleringen er ikke-diskriminerende, er avhengig av hvordan man tolker *Moped- og Vannscootersakene*.

Dersom avgjørelsene innebærer at selv en ulempe for selger er tilstrekkelig til å utgjøre en importrestriksjon, innebærer dette lempelige krav for å utgjøre en restriksjon.³⁷² Det må imidlertid kunne hevdes at en potensiell salgsreduksjon ikke vil være tilstrekkelig etter dette vurderingstemaet. Vurderingsteamet krever derfor trolig mer enn *Dassonville*-formelen.³⁷³

Tolkes avgjørelsene slik at kun en betydelig ulempe er tilstrekkelig, kreves det mer for å vinne frem med at det foreligger en importrestriksjon.³⁷⁴ Om det vil være vanskelig å bevise at bruksreguleringen medfører betydelige ulemper, vil være avhengig av hva som ligger i vurderingstemaet. Hvis vurderingen skal bero på økonomiske data som viser etterspørselssvikt, vil det være en tung bevisbyrde som innebærer betydelige prosesskostnader.

Moped- og Vannscootersaken forstått som tiltak som utelukker import av produkter fra andre medlemsland, innebærer at det må bevises at det foreligger et bruksforbud eller en bruksbegrensning som i realiteten er et bruksforbud.³⁷⁵ Et bruksforbud vil automatisk

³⁷⁰ Slik også *Peršin* (2008) side 41-42.

³⁷¹ *Mopedsaken* premiss 37. Bruksreguleringer vil som nevnt ikke utgjøre produktkrav.

³⁷² Se kapittel 8.3.3.

³⁷³ Se *Bot i Mopedsaken*, kapittel 5.5.

³⁷⁴ Se kapittel 8.3.3.

³⁷⁵ Se kapittel 8.3.2.

utelukke varen fra markedet, og det vil være tilstrekkelig å vise til den rettslige reguleringen for å bevise at det foreligger en importrestriksjon.³⁷⁶ Når det gjelder bruksbegrensninger må det bevises at reguleringen reelt sett innebærer et bruksforbud. Som nevnt er det etter min mening ikke nødvendig med økonomiske data for å vise en slik sammenheng.³⁷⁷ Det er tilstrekkelig å bevise at reguleringen er tilnærmet et bruksforbud. Vurderingstemaet innebærer nødvendigvis strengere krav for å bevise at det foreligger en importrestriksjon enn det som er tilfelle etter *Dassonville*-formelen.

³⁷⁶ *Peršin (2008)* side 41-42.

³⁷⁷ Se kapittel 8.3.2 og 9.

DEL III

AVSLUTTENDE REFLEKSJONER

13 Endrer Moped- og Vannscootersakene etablerte doktriner?

13.1 Innledning

I *Mopedsaken* premiss 37 uttalte EF-domstolen seg generelt om hvilke tiltak som utgjør importrestriksjoner: diskriminerende tiltak, produktkrav og alle andre tiltak som hindrer markedsadgangen for produkter fra andre medlemsland. Spørsmålet er om begrepet ”hindring av markedsadgangen ” endrer etablerte doktriner – *Keck* og *Dassonville* – eller om uttalelsen i *Mopedsaken* premiss 37 kun er en presisering av anvendelsesområdet for artikkel 28.

For *Keck*-doktrinen er problemstillingen om den underliggende begrunnelsen endres eller består ved EF-domstolens uttalelser i *Mopedsaken* premiss 37. Sistnevnte alternativ medfører at regelkategoriseringen i *Keck*-doktrinen er overflødig fordi doktrinens underliggende begrunnelse får generell anvendelse. Førstnevnte alternativ vil derimot endre rettstilstanden under artikkel 28, og tilsidesette avgjørelser avsagt under *Keck*-doktrinen.³⁷⁸

Forståelsen av domstolens generelle uttalelser i *Moped-* og *Vannscootersakene* vil også ha innflytelse på det materielle innholdet i *Dassonville*-formelen.³⁷⁹

13.2 Keck-doktrinen

13.2.1 Hva er Keck-doktrinen

Keck-doktrinen kom som følge av det som nærmest kan karakteriseres som et misbruk av artikkel 28 ved nasjonale domstoler. I medhold av *Dassonville*-formelen utgjorde flere og flere nasjonale reguleringer importrestriksjoner. Det kulminerte med den berømte søndagssagaen. I disse sakene ble regler om søndagsstengte butikker funnet å utgjøre en importrestriksjon, idet reguleringen potensielt kunne medføre en reduksjon i omsetningen

³⁷⁸ Kapittel 13.2.

³⁷⁹ Kapittel 13.3.

av utenlandske varer.³⁸⁰ EF-domstolen så derfor det nødvendige i å ta ett skritt tilbake. Det ble gjort i *Keck*. EF-domstolen viste til sin *Cassis de Dijon*-praksis, og at selv ikke-diskriminerende tiltak kan utgjøre en importrestriksjon. I motsetning til hva som tidligere var uttalt, fant domstolen at salgsreguleringer som påvirker omsetningen av innenlandske og utenlandske varer likt, rettslig og faktisk, ikke ville utgjøre en importrestriksjon etter *Dassonville*-formelen:

“[...] national provisions restricting or prohibiting certain selling arrangements is not such as to hinder directly or indirectly, actually or potentially, trade between Member States within the meaning of the *Dassonville* judgment (Case 8/74 [1974] ECR 837), so long as those provisions apply to all relevant traders operating within the national territory and so long as they affect in the same manner, in law and in fact, the marketing of domestic products and of those from other Member States.”³⁸¹

EF-domstolens avgjørelse i *Keck* ble gjenstand for diskusjon både i juridisk teori og blant domstolens egne generaladvokater. Avgjørelsen fikk sine tilhengere og motstandere. Kritikken gjaldt særlig manglende klarhet om hvilke avgjørelser som ble tilsidesatt. Videre gjaldt kritikken regelkategoriseringen. Virkninger på samhandelen kunne ikke avgjøres på grunnlag av hvilken regelkategori en regulering faller i. Endelig har det vært stor uenighet om betydningen av produktets adgang til markedet i en annen medlemsstat og vilkåret om at omsetningen av utenlandske og innenlandske varer faktisk påvirkes likt.³⁸²

Praksis fra EF-domstolen har gitt nærmere anvisning på hvordan *Keck* skal forstås. For det første er *Keck*-doktrinenes anvendelsesområde avgrenset mot reguleringer som isolert sett ligner en salgsregulering, men som har som konsekvens at produktets innhold eller innpakning må endres. Slike reguleringer følger *Cassis de Dijon*, og utgjør en importrestriksjon.

³⁸⁰ *Stoke-on-Trent*.

³⁸¹ *Keck* premiss 16.

³⁸² En oversikt over artikler om *Keck* finnes på EUR-Lex: <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=197884:cs&lang=en&list=197884:cs,190296:cs,190295:cs,&pos=1&page=1&nb=3&pgs=10&hwords=Keck~&checktexte=checkbox&visu=#texte>. I tillegg er *Keck* omtalt i enhver fremstilling om artikkel 28.

Et eksempel er *Vereinigte Familiapress*.³⁸³ Saken gjaldt spørsmålet om østerriksk lovgivning som forbød medgift, utgjorde en importrestriksjon. Reguleringen medførte at et tysk blad som inneholdt premiekonkurranser ikke kunne selges i Østerrike. EF-domstolen fant at medgiftsforbudet ikke var en salgsregulering. Medgiftsforbudet innebar et produktkrav, fordi bladet måtte endres for å kunne bli solgt i Østerrike.³⁸⁴ Regelen utgjorde dermed en importrestriksjon.³⁸⁵

For bruksreguleringer gjelder samme avgrensning. Setter bruksreguleringen krav til produktets innhold eller lignende for at det skal kunne brukes i et medlemsland, foreligger det en importrestriksjon etter *Cassis de Dijon*.³⁸⁶

For det andre har EF-domstolen gått fra å anvende *Keck*-doktrinen relativt formalistisk til en inngående vurdering av om omsetningen av utenlandske og innenlandske varer påvirkes likt, rettslig og faktisk. I de første sakene under *Keck*-doktrinen, hadde EF-domstolen en formalistisk tilnærmingssmåte. Utgjorde reguleringen ”visse former for salg”, var disse (nærmest) automatisk unntatt fra anvendelsesområdet til artikkel 28.³⁸⁷

Fra og med *De Agostini* i 1997 synes det å ha skjedd et skifte i EF-domstolens tilnærmingssmåte.³⁸⁸ For det første er det ikke lenger en formalistisk tilnærmingssmåte, at salgsreguleringer nærmest automatisk tilfredsstiller betingelsene i *Keck*-doktrinen. EF-domstolen vurderer inngående om salgsreguleringene medfører at omsetningen av

³⁸³ Sak C-368/95.

³⁸⁴ Premiss 11.

³⁸⁵ Det samme kom EF-domstolen til i sak C-470/93 *Mars*, som gjaldt innpakningen til Mars-iskremen. Den tyske loven om utilbørlig konkurranse innebar at Mars-iskremen ikke kunne selges i Tyskland uten at produktets innpakning ble endret.

³⁸⁶ Se kapittel 4.1.

³⁸⁷ Blant annet *Semeraro*, *Hünernmund*, *Leclerc-Siplec*, *Morsmelkerstatning*, C-6/98 *PRO Sieben Media* og *Karner*. Motsatt *A-punkt*, hvor EF-domstolen ikke fant at det forelå forskjellsbehandling, men likevel foretok en gjennomgang av mulige argumenter for reguleringen utgjorde en importrestriksjon.

³⁸⁸ *De Agostini*.

innenlandske og utenlandske varer faktisk påvirkes forskjellig.³⁸⁹ I denne vurderingen synes det å stå sentralt om innvirkning på markedsadgangen er lik.³⁹⁰

13.2.2 Betydningen av Moped- og Vannscootersakene

Problemstillingen i det følgende er om *Moped- og Vannscootersakene* endrer måten *Keck*-doktrinen har vært forstått og anvendt på, eller om avgjørelsene alternativt presiserer og utvider doktrinen prinsipper. Videre er problemstillingen hva en slik endring eller presisering vil innebære. Først må det drøftes hvordan uttalelsene i *Mopedsaken* premiss 37 er å forstå med hensyn til *Keck*-doktrinen fortsatte eksistens.

13.2.2.1 Oppheves regelkategoriseringen i *Keck*-doktrinen?

Keck medførte at ”forbud og restriksjoner mot visse former for salg” ikke utgjorde en importrestriksjon, med mindre reguleringene påvirket omsetningen av utenlandske og innenlandske varer forskjellig, rettslig eller faktisk. Denne regelkategoriseringen – visse former for salg – har vært kritisert. Spørsmålet er om *Mopedsaken* premiss 37 innebærer at det ikke skal opereres med ulike regelkategorier innenfor artikkel 28.³⁹¹

I *Mopedsaken* redegjorde EF-domstolen for *Keck* i sine generelle uttalelser om rettstilstanden.³⁹² EF-domstolen gjentok ikke betingelsene i *Keck*-doktrinen i sin konklusjon i premiss 37. Domstolen presiserte i stedet at diskriminerende tiltak, produktkrav og alle andre tiltak som hindrer markedsadgangen, utgjør importrestriksjoner. Det kunne vært ønskelig at EF-domstolen var klarere i sitt syn på *Keck*-doktrinen. I mangel av andre holdepunkter, er det mest naturlig å forstå uttalelsen slik at det ikke lenger skal opereres med regelkategorier ved anvendelsen av artikkel 28. Det innebærer i så fall at salgsreguleringer ikke lenger skal behandles på noen annen måte enn andre reguleringer.

³⁸⁹ Dette må også ses på bakgrunn av sakenes faktum.

³⁹⁰ I samme retning *Koutrakos* (2001) side 394, *Straetmans* (2002) side 1408 og *Bull* (2002) side 480.

³⁹¹ Slik også *Spaventa* (2009)b side 921-922.

³⁹² *Mopedsaken* premiss 36.

EF-domstolen har imidlertid vist til *Keck*-doktrinen i saker avgjort etter *Mopedsaken*. Det var tilfelle i *Fachverband*.³⁹³ Saken gjaldt en forhåndsuttalelse om krav for å selge importerte bøker til fastsatt pris.³⁹⁴ EF-domstolen viste til *Dassonville* og *Keck*, herunder *Mopedsaken* premiss 36, hvor det altså redegjøres for *Keck*-doktrinen. Det ble ikke henvist til de mer generelle uttalelsene i *Mopedsaken* premiss 37. Henvisningene i forhåndsuttalelsen taler for at vurderingstemaene opplistet i *Mopedsaken* premiss 37 ikke har betydning for *Keck*-doktrinen, men bare er forbeholdt bruksreguleringer.

Hvorvidt ”any other measure” i *Mopedsaken* premiss 37 er ment å oppheve *Keck*-doktrinen distinksjon mellom ulike regelkategorier, synes på denne bakgrunn noe uklart. En eventuell opphevelse av regelkategoriseringen innebærer ikke nødvendigvis at den underliggende begrunnelsen i *Keck*-doktrinen oppheves. Dette beror på hvordan man tolker *Moped- og Vannscootersakene* og begrepet ”hindring av markedsadgangen”. Opphevelse av *Keck*-doktrinen kan enten innebære at vurderingen for når salgsreguleringer utgjør importrestriksjoner endres, eller at doktrinens prinsipper presiseres og får generell anvendelse også for andre tiltak enn salgsreguleringer. De ulike forslagene er drøftet i det følgende.

13.2.2.2 Endring av *Keck*-doktrinen?

Det er tatt til orde for at *Mopedsaken* premiss 37 opphever *Keck*-doktrinen og endrer vurderingen for om salgsreguleringer utgjør importrestriksjoner. Det innebærer en bredere vurdering av om salgsreguleringen medfører ulemper for selger og importør av varer fra andre medlemsstater.³⁹⁵ Begrunnelsen for standpunktet er forskjellen i EF-domstolens

³⁹³ Sak C-531/07.

³⁹⁴ Reguleringen var direkte diskriminerende og utgjorde derfor en importrestriksjon.

³⁹⁵ *Pecho* (2009) side 263-264 og *Spaventa* (2009)b side 923-924. Det er hevdet at en slik forståelse av *Keck*-doktrinen allerede følger av avgjørelsen i *Morellato*, jf. *Straetmans* (2009) side 97-99. Det begrunnes med domstolens uttalelser om en salgsregulering som krevde spesiell pakking og merking ved salg av halvstekt brød. Domstolen uttalte i premiss 37: “[...] where there is no manufacture of the product at issue in the Member State of import, such a requirement, although it applies without distinction, disadvantages imported products only, in that it discourages their import or makes them less attractive to the final consumer.” Etter min mening kan det ikke legges vekt på disse uttalelsene. Det fremgår klart av avgjørelsen at italienske

begrepsbruk i henholdsvis *Mopedsaken* premiss 37 og *Keck*. Det hevdes at ”hinders market access” i *Mopedsaken* premiss 37 er et videre begrep enn ”prevent market access” i *Keck* premiss 17.

Etter min mening innebærer ikke begrepet ”hinders market access” i *Mopedsaken* en endring av *Keck*-doktrinen. Begrepet ”hinders market access” er riktignok etter sin ordlyd et videre begrep enn ”prevent market access”. EF-domstolen ser imidlertid ut til å legge til grunn en snevrere forståelse av ”hinders market access” i *Moped-* og *Vannscootersakene* enn det ordlyden tilsier. Det er mest naturlig å forstå begrepet slik at det rammer tiltak som formelt eller reelt utelukker import av produkter fra andre medlemsstater.³⁹⁶ Det er også i tråd med domstolens henvisning til *Keck* under dens redegjørelse for prinsippet om fri markedsadgang i *Mopedsaken*.³⁹⁷ Som jeg kommer tilbake til nedenfor, er denne tolkningen også i tråd med hvordan *Keck*-doktrinen må forstås.³⁹⁸

Det har også formodningen mot seg at EF-domstolen kun implisitt skulle tilsidesette en så sentral avgjørelse som *Keck*. Hvis *Mopedsaken* var ment å tilsidesette *Keck* og dens etterfølgende praksis, burde dette fremkommet eksplisitt av domstolens argumentasjon. Tilsidesettelse av *Keck* og et videre restriksjonsbegrep på varerettens område vil lett lede til pre-*Keck*-tilstander. Det har formodningen mot seg at EF-domstolen stilltiende setter en strek over 16 års praksis, som har forsøkt å trekke grensene for artikkel 28.

Som ovenfor nevnt, er det heller ikke tegn i EF-domstolens praksis etter *Mopedsaken* at *Keck*-doktrinen og dens prinsipper er forlatt.³⁹⁹ Det samme gjelder i praksis om de andre frihetene.⁴⁰⁰ I denne praksisen vises det ikke til *Mopedsaken* i restriksjonsvurderingen, men

myndigheter ønsket å beskytte det tradisjonelle brødbakeryrket. Bestemmelsen var gitt ut fra dette ønsket, jf. premiss 34. Uttalelsene i restriksjonsvurderingen må ses i lys av dette.

³⁹⁶ Se kapittel 8 om de ulike tolkningsalternativene.

³⁹⁷ *Mopedsaken* premiss 34.

³⁹⁸ Se kapittel 13.2.2.4.

³⁹⁹ *Fachverband*, hvor *Keck*-doktrinen fikk anvendelse på et krav om å selge importerte bøker til fastsatt pris.

⁴⁰⁰ Se note 251 og 252.

i unntaksvurderingen. Det indikerer at *Mopedssaken* ikke legger til grunn et så vidt restriksjonsbegrep som det gjøres i disse sakene.

Mopedssaken innebærer derfor etter min mening ikke noen endring av *Keck*-doktrinen.

13.2.2.3 Hva vil en endring innebære?

Dersom det alternativt skulle vise seg at *Moped-* og *Vannscootersakene* må anses som en endring av *Keck*-doktrinen, er spørsmålet hva endringene består i.

Den videste forståelsen av *Mopedssaken* og begrepet ”hindring av markedsadgangen” innebærer at selv mindre ulemper som salgsreguleringer medfører for selger og importør, kan utgjøre en importrestriksjon.⁴⁰¹ Det kan for eksempel være reklamereguleringer. I klartekst betyr det at reguleringer som har falt utenfor artikkel 28 etter *Keck*-doktrinen, på ny vil kunne utgjøre en importrestriksjon.⁴⁰²

Å trekke grensene for et slikt restriksjonsbegrep vil være vanskelig. Restriksjonsbegrepet vil lett lede til en pre-*Keck* rettstilstand.⁴⁰³ Adekvansprinsippet vil riktignok kunne begrense rekkevidden. Som nevnt vil adekvansprinsippet's anvendelsesområde trolig avhenge av hvordan man forstår anvendelsesområdet for artikkel 28 og begrepet ”markedsadgang”.⁴⁰⁴ Saker avgjort med adekvansprinsippet vil nok også falle utenfor en vid forståelse av det generelle markedsadgangsbegrepet i *Mopedssaken*. Adekvansprinsippet er imidlertid anvendt på tiltak som ikke regulerte handel i det hele tatt. Det er vanskelig å se hvordan prinsippet skal være egnet til å trekke grensen mellom salgsreguleringer som utgjør importrestriksjoner og de som ikke gjør det. Det vil være nødvendig å gi nærmere

⁴⁰¹ Se note 237.

⁴⁰² Eksempelvis avgjørelser som *Hünernmund*, *Leclerc-Siplec*, *Karner* og *A-punkt*.

⁴⁰³ *Horsley* (2009) side 2011.

⁴⁰⁴ Se kapittel 11.

anvisning på hvor grensen skal trekkes. Vurderingstemaet vil gjøre det vanskelig å begrunne hvorfor noen tiltak ikke skal utgjøre en importrestriksjon.⁴⁰⁵

Dersom *Moped- og Vannscootersakene* må ses som en endring av *Keck*-doktrinen, vil det være mest naturlig å forstå endringen slik at kun betydelige ulemper på samhandelen utgjør importrestriksjoner. Domstolens begrepsbruk i *Moped- og Vannscootersaken* taler for en slik forståelse.⁴⁰⁶ Tolkningssalternativet vil også være i tråd med Generaladvokat *Jacobs* uttalelse i *Leclerc-Siplec*.⁴⁰⁷ Det er imidlertid et problem at begrepet synes vanskelig å anvende i praksis.⁴⁰⁸ Da er det heller ikke lett å peke på hvilke endringer et slikt vurderingstema vil medføre. Hva er ”betydelig”, og hva er begrunnelsen for å skille mellom betydelig og ubetydelig ulemper? Det må antas at vurderingstemaet ikke medfører at søndagsstengte butikker utgjør en importrestriksjon. Adskillig mer tvil knytter seg til vurderingen av reklamereguleringer. Generaladvokat *Jacobs* mente selv at forbudet mot TV-reklame for forsyningssektoren i *Leclerc-Siplec* ikke utgjorde en importrestriksjon.⁴⁰⁹

Etter min mening vil det skisserte vurderingstemaet være vanskelig å anvende i praksis. Begrunnelsen er svakt fundert, og det ivaretar ikke hensynet til forutberegnelighet. Avhengig av hvor man legger listen for hva som utgjør en ”betydelig ulempe”, vil vurderingstemaet riktignok ha klare likhetstrekk med en vurdering av om import formelt eller reelt er utelukket. Begrunnelsen for sistnevnte vurderingstema er imidlertid klarere, skaper større forutberegnelighet og er enklere å anvende. Et slikt vurderingstema vil bare være en presisering og generalisering, og ikke en endring, av *Keck*-doktrinen.⁴¹⁰

⁴⁰⁵ *Spaventa* (2009)b side 924.

⁴⁰⁶ Se kapittel 8.3.

⁴⁰⁷ Slik *Snell* (upublisert).

⁴⁰⁸ *Jacobs* trekker frem en rekke momenter i sin uttalelse: om reguleringen får anvendelse på alle typer varer, bare noen varetyper eller de fleste varetyper, om andre salgsformer er tilgjengelige og dernest om reguleringen er direkte eller indirekte, eller om dens virkninger er mer hypotetiske. Se også note 266.

⁴⁰⁹ Premiss 55.

⁴¹⁰ Se kapittel 8.4 og note 266.

13.2.2.4 Presisering og generalisering av Keck-doktrinen?

Det kan hevdes at EF-domstolens oppsummering av rettstilstanden for artikkel 28 i *Moped-saken* premiss 37 snarere utgjør en presisering av hvordan *Keck*-doktrinen skal forstås, enn en endring av doktrinen. I så fall får de underliggende prinsippene for *Keck*-doktrinen anvendelse på alle tiltak. Uttalelsen medfører at man ikke trenger *Keck*-doktrinen og den regelkategoriseringen denne legger til grunn.

Synspunktet er i tråd med tolkningen av *Moped-* og *Vannscootersakene*. Det er mest naturlig å forstå avgjørelsene slik at reguleringer som formelt eller reelt innebærer at import er utelukket, utgjør en importrestriksjon. Det er ikke tilstrekkelig at reguleringen medfører en ulempe for selger eller importør av produktet.⁴¹¹ *Moped-* og *Vannscootersakene* forstått på denne måten er også i tråd med hvordan *Keck*-doktrinen etter min mening må forstås. Også etter *Keck*-doktrinen må det vurderes om salgsreguleringen utelukker import av produkter fra andre medlemsland. Standpunktet er imidlertid omdiskutert. Det har gjerne vært formulert som et spørsmål om *Keck* premiss 17 skal forstås normativt eller deskriptivt.⁴¹² Premiss 17 lyder:

“Provided that those conditions are fulfilled, the application of such rules to the sale of products from another Member State meeting the requirements laid down by that State is not by nature such as to prevent their access to the market or to impede access any more than it impedes the access of domestic products. Such rules therefore fall outside the scope of Article 30 of the Treaty.”

Etter min mening må utsagnet forstås normativt. En salgsregulering skjærer klar av artikkel 28 hvis den påvirker omsetningen av innenlandske og utenlandske varer likt, rettslig og faktisk og hvis den ikke medfører at import av produkter fra andre medlemsland er utelukket.⁴¹³

⁴¹¹ Se kapittel 8.3.2.

⁴¹² Slik blant annet *Barnard* (2007) side 160, Generaladvokat *Stix-Hackl* i sin uttalelse i *Deutscher Apothekerverband* premiss 73 flg. Disse argumenterer imidlertid for en eller annen form for markedsadgangstest også ved salgsreguleringer. *Lang* (2005) side 195.

⁴¹³ Slik blant annet også *Arnesen* (1996) side 321, *Rognstad* i EØS-rett (2004) side 302-303 og *Pecho* (2009) side 259.

Denne forståelsen av *Keck*-doktrinen følger av rettspraksis knyttet til forbudsreguleringer. Salgs- og bruksforbud må utgjøre importrestriksjoner på lik linje med importforbud. Slike reguleringer medfører at det ikke etableres noe marked for varen.⁴¹⁴ Det samme må være tilfelle ved svært restriktive salgsreguleringer som i praksis utelukker import av utenlandske produkter.⁴¹⁵

Saker hvor EF-domstolen har anvendt *Keck*-doktrinen har ikke foranlediget uttalelser om markedsadgangsproblematikken. I de fleste sakene har ikke salgsreguleringene medført at import av produktet har vært utelukket. Uttalelser om dette har vært unødvendig.⁴¹⁶ Markedsadgangsproblematikken er likevel implisitt kommentert i noen av avgjørelsene hvor produktets markedsadgang ikke var blokkert.

Forhåndsuttalelsen i *A-punkt* gjaldt forbud mot salg av blant annet sølvsmykker i private hjem. EF-domstolen foretok en grundig gjennomgang av argumenter som kunne tilsi at reguleringen påvirket omsetningen av utenlandske og innenlandske varer forskjellig.⁴¹⁷ Det ble fremholdt at salg i private hjem er en særlig effektiv salgsform for smykker av lav verdi, og videre at salg fra et fast utsalgssted kan medføre uforholdsmessig høye kostnader for denne typen varer. EF-domstolen understreket imidlertid at dette ikke var tilstrekkelige argumenter til å konstatere faktisk forskjellsbehandling.⁴¹⁸ Vurderingen av om det forelå faktisk forskjellsbehandling ble overlatt til den nasjonale domstolen.⁴¹⁹

Av særlig interesse for spørsmålet om markedsadgang er EF-domstolens uttalelse om at salg av sølvsmykker ikke var utelukket fordi andre salgsformer var tillatt:

⁴¹⁴ Se kapittel 7. Et salgsforbud vil ikke *kun* medføre en reduksjon i salgsvolumet, jf. *A-punkt* premiss 21.

⁴¹⁵ Slik også *Arnesen* (1999) side 359.

⁴¹⁶ Se avgjørelsene i note 387.

⁴¹⁷ Som *Doukas* (2006-2007) side 203 påpeker, synes EF-domstolen å være motvillig til å uttale at reguleringen faller utenfor artikkel 28. Dette fordi EF-domstolen foretar en nøye vurdering av om det foreligger faktisk forskjellsbehandling. Jeg vil likevel påpeke at den ikke indikere noen momenter i retning av forskjellsbehandling.

⁴¹⁸ Premiss 22 og 23. Motsatt standpunkt indikeres i *Douwe Egberts*.

⁴¹⁹ Premiss 25.

”[...] it is common ground that the prohibition at issue in the main proceedings does not concern all the ways of marketing the goods in question, but only one of them, and therefore does not exclude the possibility of selling those goods in Austria by other methods.”⁴²⁰

Også i *Gourmet* og *Douwe Egberts* presiserte domstolen eksplisitt at vurderingen etter *Keck*-doktrinen både er en diskriminerings- og markedsadgangstest, ved å vise til uttalelsen i *Keck* premiss 17:

” As the Court has held, in order for national provisions restricting or prohibiting certain selling arrangements not to be caught by Article 28 EC, they must not be such as to prevent access to the market by products from another Member State or to impede access any more than it impedes access by domestic products.”⁴²¹

Også etter *Keck*-doktrinen må det altså vurderes om salgsreguleringen utelukker import av produktet, i tillegg til vurderingen av om omsetningen påvirkes likt. Hvis *Moped-* og *Vannscootersakene* skal tolkes slik at ”hindring av markedsadgangen” innebærer at import av varer er formelt eller reelt er utelukket, er det samme vurdering som den som følger av *Keck*-doktrinen. En slik presisering av anvendelsesområdet til artikkel 28 innebærer at *Keck*-doktrinen mister sin selvstendige betydning som vurderingsnorm. Det kan derfor tenkes at EF-domstolen i fremtiden bare vil operere med vurderingstemaet fra *Mopedsaken* premiss 37. Praksis etter *Mopedsaken* gir imidlertid ingen holdepunkter for at EF-domstolen formelt sett har tenkt å gå bort fra *Keck*-doktrinen. Det bringer oss over til spørsmålet om hva en presisering av *Keck*-doktrinen vil innebære.

⁴²⁰ Premiss 24. Tilsvarende uttalelser i *Morsmelkerstatning* premiss 20 om salgskanaler og i *Leclerc-Siplec* premiss 19 om reklameregulering.

⁴²¹ *Gourmet* premiss 18 og sak C-239/02 *Douwe Egberts* premiss 51.

13.2.2.5 Hva vil en presisering innebære?

En presisering av *Keck*-doktrinen innebærer at det ikke er tvil som hvilken plass ”markedsadgangsproblematikken” og *Keck* premiss 17 har ved vurderingen av salgsreguleringer.

Vurderingen av om salgsreguleringer utelukker import av produkter fra andre medlemsland er avhengig av hva slags salgsregulering saken gjelder. Svært strenge reguleringer av hvordan, hvor og når en vare kan selges, som i praksis fungerer som et salgsforbud, utgjør en importrestriksjon.⁴²² Eksempelvis vil en regel om at røyk bare kan selges én dag i måneden i én by i hvert fylke i Norge i praksis være et salgsforbud mot røyk. Det er en importrestriksjon.⁴²³ I motsatt ende av skalaen har man regler om søndagsstengte butikker. Slike reguleringer medfører muligens en reduksjon i salgsvolum, men utelukker ikke import.

EF-domstolens praksis om regulering av salgskanaler gir samme vurdering av markedsadgangen.⁴²⁴ Der andre salgsformer er tilgjengelig, vil ikke produktets markedsadgang være hindret.⁴²⁵ Samme argumentasjon ser man for reklamereguleringer.⁴²⁶ Her ligger en parallell til bruksreguleringstilfellene. Hvis bare ett av flere bruksområder er forbudt, vil reguleringen ikke nødvendigvis være en importrestriksjon.⁴²⁷

EF-domstolens vurdering av om salgsreguleringer påvirker omsetningen av utenlandske og innenlandske varer likt, rettslig og faktisk, har vært diskutert. Rammene for vurderingen synes noe uklare.⁴²⁸ På dette punktet er det tilsynelatende også uenighet mellom domstolen

⁴²² Slik *Prete* (2008) side 150 og *Arnesen* (1999) side 359.

⁴²³ Se lignende argument hos *Arnesen* (1999) side 359.

⁴²⁴ *A-punkt* premiss 24, referert til i kapittel 0, og *Morsmelkerstatning* premiss 20.

⁴²⁵ Se også Generaladvokat *Stix-Hackl* i *Deutscher Apothekerverband* premiss 82.

⁴²⁶ *Leclerc-Siplec* premiss 19.

⁴²⁷ *Mopedsaken* premiss 52.

⁴²⁸ *Wilsher* (2008) side 3-22. Det er etterlyst klarere rammer for vurderingen av om omsetningen av innenlandske og utenlandske varer faktisk påvirkes likt. Kritikken retter seg blant annet mot EF-domstolens antakelser av markedsforholdene i enkelte saker. I *Deutscher Apothekerverband* uttalte EF-domstolen blant annet at en regulering som har større innvirkning på apotek etablert utenfor Tyskland, kan hindre adgangen til markedet mer for utenlandske varer enn for innenlandske varer. Videre er det fremhevet at EF-domstolens

og generaladvokatene.⁴²⁹ Spørsmålet er om presiseringen av *Keck*-doktrinen rydder opp i noe av denne uklarheten.

I to saker hvor EF-domstolens uttalelser angir at reklamereguleringer forskjellsbehandler utenlandske varer, kan det spørres om det ikke er riktigere å si at reguleringene utelukket import av produktet.

I *Gourmet* pekte EF-domstolen på at det (tilnærmede) reklameforbudet⁴³⁰ påvirket omsetningen av utenlandske varer mer enn omsetningen av innenlandske varer. Begrunnelsen var at konsumpsjon av alkohol relaterer seg til tradisjonelle og lokale drikkemønstre.⁴³¹ Reklameforbudet beskyttet dermed status quo på markedet, og hindret markedsadgangen mer for utenlandske varer.⁴³² Det ble også påpekt at innenlandske produkter lettere vil få redaksjonell omtale.

Argumentene i *Gourmet* er plausible nok fordi saken relaterer seg til alkohol. Hvordan denne vurderingen kan overføres til andre produktmarkeder, uten slike særegne karakteristika, er vanskelig å si.⁴³³ Argumentet om et gitt forbruksmønster og etablerte forhold i markedet gjelder ikke nødvendigvis for andre produkter.⁴³⁴

I tilfeller hvor det ikke er særegne forhold som i *Gourmet*, må det etter min oppfatning heller spørres om et reklameforbud i realiteten utelukker import av produkter fra andre

tilnærming til spørsmålet om omsetningen av utenlandske og innenlandske varer påvirkes likt fort kan lede til et meget vidt forskjellsbehandlingsbegrep, jf. *Davies (2003)* side 69, *Lang (2005)* side 204 og *Oliver/Enchelmaier (2007)* side 704.

⁴²⁹ Se blant annet forskjellen mellom generaladvokatuttalelsen og EF-domstolens uttalelser i sak C-254/98 *TK-Heimdienst* og *Deutscher Apothekerverband*.

⁴³⁰ Reklameforbudet gjaldt ikke for publikasjoner på salgsstedet.

⁴³¹ Premiss 21.

⁴³² Se *Davies (2003)* side 69 om status quo-argumentet. Tilsvarende argument er brukt i *De Agostini* premiss 42. Som *Wilsher (2008)* side 19 påpeker, stiller ikke EF-domstolen krav om at status quo-argumentet må bevises for de nasjonale domstoler. Se *Gourmet* premiss 21.

⁴³³ *Wilsher (2008)* side 19.

⁴³⁴ Argumentet om at innenlandske produkter lettere får redaksjonell omtale vil kunne være et generelt argument ved reklameforbud. Det kan imidlertid innvendes at slik omtale ikke kan sammenlignes med reklame, og at slik omtale er høyst usikker for mange typer produkter. Det kan derfor hevdes at argumentet alene ikke kan begrunne at reklameforbud påvirker omsetningen av innenlandske og utenlandske varer ulikt.

medlemsstater.⁴³⁵ Markedsføring anses som et essensielt middel for å vinne markedsandeler for et produkt. Det kan hevdes at produktet ikke er sikret reell markedsadgang uten markedsføringsmulighetene. Produktet *kan* selges, men det er ikke gitt at man *får til* å selge produktet uten reklame. Uten særegne markedsforhold slik som i *Gourmet*, vil et reklameforbud i realiteten utelukke import av produkter fra andre medlemsland.

Douwe Egberts gjaldt en annen reklameregulering. Uttalelsen kom i 2004, og gjaldt et belgisk forbud mot bruk av visse ord og uttrykk i merking og annonsering av varer. Forbudet gjaldt bruk av ord som ”slankende” og ”medisinsk anbefalt.”⁴³⁶ EF-domstolen tok utgangspunkt i at *Keck*-doktrinen er en kombinert diskriminerings- og markedsadgangstest.⁴³⁷

EF-domstolen uttalte at slike reguleringer begrenset markedsadgangen for produktet.⁴³⁸ I den forbindelse ble det vist til *SARPP*.⁴³⁹ I denne avgjørelsen fastslo EF-domstolen at det å tvinge en produsent til å avskaffe en markedsføringsmetode som denne anser som særlig effektiv, utgjør en importrestriksjon. *SARPP* kom imidlertid før innføringen av *Keck*-doktrinen. Det kan hevdes at *Keck* tilsidesatte *SARPP*.

EF-domstolen fremholdt til slutt, med henvisning til *Gourmet*, at et absolutt forbud mot å reklamere for varens egenskaper hindrer markedsadgangen mer for utenlandske varer enn innenlandske. EF-domstolens konklusjon var at de belgiske reglene utgjorde en importrestriksjon.

⁴³⁵ Markedsadgangens betydning i *Gourmet* har vært fremhevet av mange, blant annet Generaladvokat Fennelly i forslag til avgjørelse i *Graf* premiss 20, *Straetmans* (2009) side 1412-1416, *Tryfonidou* (2007) side 177 og *Gormley* (2008)*b* side 198. Tilsynelatende motsatt *Rognstad* i *EØS-rett* (2004) side 308, hvor det legges til grunn at reklameforbud anses som en importrestriksjon bare hvis det medfører en særskilt ulempe for omsetningen av importvarer. I sin uttalelse i *Gourmet* synes Generaladvokat Jacobs å mene at reklameforbudet forskjellsbehandlet utenlandske varer, og at reguleringen i hvert fall forhindret produktets markedsadgang, jf. premiss 34.

⁴³⁶ Domstolen vurderte først direktiv 2000/13/EF, men fant at slik annonsering ikke er harmonisert i fellesskapet.

⁴³⁷ Premiss 51.

⁴³⁸ Premiss 52.

⁴³⁹ Sak C-241/89.

Henvisningen til *Gourmet* i *Douwe Egberts* var etter min mening ikke treffende. I *Gourmet* innebar det (tilnærmede) reklameforbudet at omsetningen av utenlandske og innenlandske varer ble påvirket forskjellig. Uten reklame ville konsumentene lettere holde seg til tradisjonelle drikkevaner. Drikkevaner som var knyttet til innenlandske produkter. Tilsvarende argument passer ikke på reklamereguleringene i *Douwe Egberts*. Det kan vanskelig antas at reklameforbud for produktets egenskaper påvirker omsetningen av innenlandske og utenlandske produkter forskjellig. En slik påstand fordrer at det er et nasjonalt eller lokalt mønster for kjøp og bruk av slankemidler eller at det nasjonale markedet er dominert av innenlandske produkter. Reguleringen i *Douwe Egberts* var, uten særlig holdepunkter for det motsatte, ikke-diskriminerende.

Spørsmålet er om reklamereguleringen utelukket import av produktet, eller om den bare medførte ulemper for selger og importør av produktet. EF-domstolens henvisning til *SARPP* taler for sistnevnte alternativ. I *SARPP* ble det som nevnt fastslått at det utgjorde en importrestriksjon ikke å kunne videreføre en attraktiv markedsføringsstrategi. Et moment i samme retning er at reguleringen ikke forbyr reklame i seg selv, bare bruk av visse ord og uttrykk. På den annen side kan det hevdes at det blir vanskelig å trenge inn på et nasjonalt marked hvis man ikke kan reklamere for et produkts essensielle egenskaper. Det vil særlig gjelde i et tilfelle som slankeprodukter, hvor konsumentene er villig til å betale en høyere pris nettopp på grunn av produktets slankende effekt. En slik vurdering av markedsadgangen i relasjon til reklamereguleringer tar da i betraktning den reelle betydningen av slike reguleringer. Gode grunner tilsier derfor at et slikt forbud reelt sett utelukker import av produktet.⁴⁴⁰ EF-domstolens argumentasjon i *Douwe Egberts* er imidlertid uklar.

⁴⁴⁰ Slik også Generaladvokat Geelhoed i *Douwe Egberts* premiss 70-71.

13.3 Dassonville-formelen

Dersom uttalelsene og prinsippene fra *Moped-* og *Vannscootersakene* skal anvendes på andre tiltak enn bruksreguleringer, endres *Dassonville*-formelen.

Dassonville-formelen – reguleringer som direkte eller indirekte, aktuelt eller potensielt hindrer samhandelen mellom medlemslandene – har vært den grunnleggende normen for anvendelsen av artikkel 28. Tradisjonelt er uttalelsen i *Dassonville*-formelen forstått meget vidt. Reguleringer som bare potensielt og indirekte kan medføre salgsreduksjon har utgjort en importrestriksjon.⁴⁴¹ På bakgrunn av *Keck*-doktrinen og adekvansprinsippet kan det hevdes at den tradisjonelle forståelsen av *Dassonville*-formelen lenge har vært forlatt materielt sett.

Hva *Moped-* og *Vannscootersakene* nærmere innebærer for *Dassonville*-formelen, beror på hvilken forståelse man har av begrepet ”hindring av markedsadgangen” i *Mopedsaken*.

Forstås begrepet som en videre vurdering av om tiltaket medfører noen ulemper i import og salg av utenlandske produkter, vil vurderingen fort bli den samme som etter *Dassonville*-formelen.⁴⁴² Denne forståelsen vil ramme flere nasjonale reguleringer som indirekte innebærer en ulempe for import og salg av produkter, uten at reguleringene verken forskjellsbehandler eller utelukker import av utenlandske produkter. Som nevnt ovenfor har dette konsekvenser for *Keck*-doktrinen.⁴⁴³

Hvis *Moped-* og *Vannscootersakene* skal forstås som en slik bredere vurdering av hvilke ulemper tiltaket medfører, må det likevel legges til grunn et krav om betydelig ulempe.⁴⁴⁴

⁴⁴¹ Se kapittel 3 og sak *Ahokainen* premiss 18.

⁴⁴² Slik *Spaventa* (2009)b side 923-924

⁴⁴³ Se kapittel 8.2 og 8.3.3. Adekvansprinsippet vil nok uansett utgjøre vurderingens nedre grense. Se også *Straetmans* (2009) side 93, som mener at markedsadgangen som vurderingstema vil modifisere *Dassonville*-formelen. *Straetmans* opererer imidlertid med en ren markedsadgangstest, og skiller ikke mellom markedsadgang og diskriminering.

⁴⁴⁴ Se kapittel 8.3.3 med nærmere henvisninger til *Spaventa* (2009)b og *Horsley* (2009).

Et slikt tolkningsalternativ vil i større grad innebære en modifisering av *Dassonville*-formelen. Hva et slikt vurderingstema innebærer, må fastlegges gjennom praksis.

”Hindring av markedsadgangen” forstått som de tiltak som utelukker import av utenlandske produkter, medfører et betraktelig snevrere vurderingstema enn det *Dassonville*-formelen legger til grunn. Tilnærmingen innebærer at diskriminerende tiltak og tiltak som utelukker import av utenlandske produkter er importrestriksjoner.⁴⁴⁵ Ekstrakostnader eller andre ulemper som ikke knytter seg direkte til varen som sådan eller selve importhandlingen, tas ikke i betraktning i restriksjonsspørsmålet.⁴⁴⁶

Det er imidlertid ikke tegn til at *Dassonville*-formelen er forlatt i praksis etter *Moped*saken. *Dassonville*-formelen var grunnlaget for avgjørelsen i *Urteavgjørelsen* fra mars 2009.⁴⁴⁷ Saken gjaldt et spansk krav om markedsføringstillatelse for legeurter som ikke var oppført i en offentliggjørelse fra myndighetene. Myndighetenes praksis om markedsføringstillatelser innebar at produkter som var laget av medisinske urter, og som var lovlig produsert eller omsatt i en annen medlemsstat som kosttilskudd eller diettilskudd, ikke kunne markedsføres i Spania uten markedsføringstillatelse. EF-domstolen viste til *Dassonville*-formelen, og fant at kravet var en importrestriksjon. Det ble ikke vist til uttalelsene i *Moped*saken. Markedsføringstillatelser rammer importen direkte, og det følger av rettspraksis at markedsføringstillatelser utgjør en importrestriksjon.⁴⁴⁸ Likevel kunne vurderingstemaet fra *Moped*saken – hindring av markedsadgangen – vært benyttet i stedet. Krav om markedsføringstillatelse utelukker import av utenlandske varer, og er en hindring av produktets markedsadgang.

Avhengig av hvordan man tolker *Moped*- og *Vannscooteravgjørelsene* vil de i forskjellig grad modifisere *Dassonville*-formelen. Det synes likevel utenkelig at EF-domstolen skal forlate *Dassonville*-formelen fullstendig, til tross for at det materielle innholdet ikke lenger

⁴⁴⁵ Kapittel 8.3.2.

⁴⁴⁶ Reguleringen må nødvendigvis heller ikke innebære direkte eller indirekte diskriminering.

⁴⁴⁷ Sak C-88/07.

⁴⁴⁸ Sak C-150/00 premiss 82.

er det samme. *Dassonville*-formelen har vært utgangspunktet for restriksjonsvurderingen etter artikkel 28 siden 1974, og vil nok overleve også de materielle endringene *Moped-* og *Vanncootersakene* måtte innebære.

13.4 Oppsummering

Konsekvensene av de generelle uttalelsene i *Mopedsaken* premiss 37 er avhengig av hvordan man tolker *Moped-* og *Vanncootersakene*. Den underliggende begrunnelsen for hvordan bruksreguleringer skal vurderes må være den samme som for vurderingen av øvrige tiltak og reguleringer. Det vil si at dersom ”hindring av markedsadgangen” i *Moped-* og *Vanncootersakene* skal forstås som tiltak som utelukker import av utenlandske varer, må denne forståelsen av artikkel 28 gjelde uavhengig av hva slags kategori av ikke-diskriminerende regler saken gjelder. Det er ingen grunn til at den underliggende begrunnelsen skal være ulik avhengig av hva slags tiltak saken gjelder.⁴⁴⁹

EF-domstolens uttalelse i *Mopedsaken* om ”any other measure” kan naturlig leses slik at man ikke trenger å ta stilling til hvilken regelkategori et tiltak hører til, når man vurderer om tiltaket utgjør en importrestriksjon.

Etter min mening gir *Moped-* og *Vanncootersakene* og *Keck-doktrinen* anvisning på samme vurdering. For å rammes av artikkel 28, må reguleringen enten utelukke import fra andre medlemsland eller direkte eller indirekte forskjellsbehandle utenlandske produkter.⁴⁵⁰

Det er hevdet at *Moped-* og *Vanncootersakene* tilsidesetter *Keck-doktrinen*. Etter denne synsvinkelen legger *Moped-* og *Vanncootersakene* opp til en bredere vurdering av om produktets markedsinntreden er vanskeliggjort, ikke bare en vurdering av om produktet er utelukket fra markedet. Etter min mening er det en for vid tolkning av avgjørelsene. Uten

⁴⁴⁹ Tilsvarende *Weiler* (2000) side 228 om begrensningen av *Keck-doktrinen* til salgsreguleringer. Ulike begrunnelse for ulike tiltak ville innebære uheldig regelkategorisering innenfor artikkel 28. Den konkrete vurderingen kan imidlertid bli ulik avhengig av hva slags regulering saken gjelder.

⁴⁵⁰ Produktkrav vil falle i en av kategoriene, avhengig av hvordan man vurderer slike.

klarere holdepunkter i dommene eller i etterfølgende praksis, er det i det minste for tidlig å legge til grunn en slik tolkning.

Uansett hvordan *Moped-* og *Vannscooteravgjørelsene* er å forstå, modifiserer de også den tradisjonelle forståelsen av *Dassonville*-formelen. Praksis etter *Mopedsaken* gir imidlertid ingen holdepunkter for at EF-domstolen vil gi slipp på verken *Dassonville*-formelen eller *Keck*-doktrinen, i alle fall ikke formelt sett. I disse sakene har restriksjonsspørsmålet vært ukontroversielt. Da har det heller ikke vært nødvendig å vise til *Mopedsaken* premiss 37. Konsekvensene av et skifte i EF-domstolens praksis – slik *Moped-* og *Vannscootersakene* er et eksempel på – må også tas i betraktning. EU er et enormt rettssystem, hvor endringer i grunnleggende praksis kan skape forvirring om hva gjeldende rett er. Det vil lett kunne øke EF-domstolens arbeidsbyrde i form av nye anmodninger om forhåndsuttalelser. I slike situasjoner er det effektivt å avgjøre ukontroversielle spørsmål med henvisning til etablert praksis.⁴⁵¹ Det kan også være prosessøkonomisk ønskelig.

EF-domstolens uttalelser i *Mopedsaken* premiss 37 synes imidlertid å være av generell karakter. Uttalelsen kan naturlig oppfattes som domstolens syn på det materielle innholdet i artikkel 28, om enn noe uklart hva gjelder markedsadgangsbegrepet. Standpunktet underbygges av at uttalelsen kommer fra EF-domstolen i storkammer. Samtidig er det uheldig at domstolen i sin etterfølgende praksis fortsetter som før hvis *Mopedsaken* premiss 37 også fra domstolens side var ment å være klargjørende. Det hadde vært ønskelig at EF-domstolen i *Moped-* og *Vannscootersakene* ga klart uttrykk for betydningen av de generelle uttalelsene om artikkel 28.

⁴⁵¹ Lignende synspunkt hos *Oliver/Enchelmaier* (2007) side 704. Formen på EF-domstolens avgjørelser må heller ikke undervurderes. Utad fremstår EF-domstolens avgjørelser enstemmige. Det medfører kanskje at uenighet om omstridte spørsmål og kontroversiell praksis sjelden kommer klart til uttrykk i avgjørelsene.

14 Avslutning

Avhandlingen har vurdert i hvilken utstrekning bruksreguleringer utgjør importrestriksjoner etter EF-traktaten artikkel 28. I dette kapittelet vil jeg oppsummere mine konklusjoner gjennom oppgaven, og komme med noen avsluttende refleksjoner.

De generelle uttalelsene om artikkel 28 i *Moped-saken* premiss 37 kan ses som en klargjøring av anvendelsen av bestemmelsens anvendelsesområde. EF-domstolen fastslo at det er tre forhold som medfører at det foreligger en restriksjon på den frie bevegelsen av varer. For det første vil rettslig eller faktisk forskjellsbehandling utgjøre en importrestriksjon. For det andre utgjør produktkrav en importrestriksjon. For det tredje og siste vil det foreligge en importrestriksjon når et tiltak ”hindrer markedsadgangen” for produkter fra andre medlemsland.

Moped- og Vannscootersakene lanserer dermed ingen ny kategori av regler som skal behandles på en spesiell måte. I stedet etableres et vurderingstema som kan benyttes på samtlige nasjonale reguleringer. Det er en fordel at EF-domstolen ikke etablerer en ny regelkategori. For det første byr det på problemer å fastsette grensene for ulike kategorier, hva som faller utenfor og innenfor. Det har vært tilfelle for *Keck*-doktrinens ”visse former for salg”. For det andre kan man ikke si noe om virkningene på samhandelen ved å peke på at en regulering faller i en bestemt regelkategori. At alle tiltak skal vurderes etter samme vurderingstema er mer i tråd med formålet med EF-traktaten: etablering av et indre marked.

Vurderingstemaet ”markedsadgang” er i tråd med EF-traktatens formål om et indre marked. Begrepet er imidlertid uklart. EF-domstolen ga ikke i *Moped- og Vannscootersakene* noe klart uttrykk for hva de legger i begrepet. Det er derfor ikke gitt at det blir enkelt å anvende vurderingstemaet i praksis. Etter mitt syn er det på nåværende

tidspunkt mest naturlig å forstå begrepet ”hindring av markedsadgangen” som tiltak som formelt eller reelt utelukker import av produkter fra andre medlemsland.⁴⁵²

Vurderingen beror på om det er et bruksforbud eller et tilnærmet bruksforbud av produktet. Er det ikke reelle muligheter til å bruke produktet, vil det ikke være noen etterspørsel, som igjen vil utelukke import av produkter fra andre medlemsland. Avgjørende er hvilken reell bruk av produktet reguleringen medfører, ikke den formelle. Bruksreguleringens betydning for import fra andre medlemsland er utgangspunktet, ikke hvilke ulemper det medfører for en eventuell bruker. Den geografiske konteksten for vurderingen av bruksreguleringer kan ikke være nasjonal. Det ville innebåret at utstrakte bruksforbud ikke nødvendigvis utgjorde en importrestriksjon. Konteksten må heller ikke være for liten, slik at grensdragningen i *Moped- og Vannscootersakene* blir uten realitet for nasjonale myndigheters reguleringskompetanse. Den geografiske konteksten må fastsettes ut fra hensynene til markedsaktøren og nasjonale myndigheters reguleringskompetanse.

Forståelsen av *Moped- og Vannscootersakene* har betydning for om etablerte doktriner endres. Etter mitt syn er det mest naturlig å tolke avgjørelsene slik at de underliggende prinsippene i *Keck*-doktrinen nå får generell anvendelse på alle tiltak. Avgjørelsene innebærer med andre ord en endelig presisering fra domstolens side av hvordan *Keck*-doktrinen er å forstå. Dersom *Mopedsaken* premiss 37 gir uttrykk for gjeldende rett, er også *Dassonville*-formelen modifisert og presisert. Den tradisjonelle forståelsen av *Dassonville* synes endelig forlatt på generelt grunnlag. Teoretisk sett er vurderingstemaene i *Mopedsaken* premiss 37 tilstrekkelig til å avgjøre enhver sak etter artikkel 28. *Dassonville*-formelen, *Keck*-doktrinen og adekvansprinsippet er som sådanne dermed blitt overflødige. Det er nok likevel usannsynlig at EF-domstolen vil gi slipp på de veletablerte formularene.

Moped- og Vannscootersakene må også ses i et større perspektiv. Som nevnt gjør EF-domstolen bruk av et tvetydig begrep – hindring av markedsadgangen – i disse

⁴⁵² EF-domstolen er dermed enig med Generaladvokat *Kokott* og hennes syn på behandlingen av bruksreguleringer og innholdet i artikkel 28. Domstolen etablerer imidlertid ikke en ny regelkategori, og bruker heller ikke *Keck*-doktrinens formelle tilnærmingsmåte, slik *Kokott* foreslo.

avgjørelsene. Juridisk teori om *Moped- og Vannscootersakene* legger hovedsakelig til grunn en vid forståelse av begrepet. Det hevdes at avgjørelsene legger til grunn et vidt restriksjonsbegrep og endrer *Keck*-doktrinen. Som jeg har vist, trenger ikke avgjørelsene forstås slik. *Moped- og Vannscootersakene* gjenspeiler derfor et problem ved EF-domstolens virksomhet. Hemmelige avstemninger og fravær av dissenser gjør EF-rettens materielle innhold uklart. Dette forverres ytterligere ved at flertall og mindretall er med på utformingen av domspremissene, til tross for uenigheten som måtte være om både resultat og begrunnelse.⁴⁵³ Resultatet ser man for eksempel i *Moped- og Vannscootersakene*. Generaladvokatuttalelsene viste hvilken uenighet som hersker om rekkevidden av artikkel 28. Det er nærliggende å anta at den samme uenigheten fantes i dommerkollegiet. I en slik situasjon er det lite tilfredsstillende at domstolen benytter et uttrykk som forener uenigheten, men skaper uklarhet utad. *Moped- og Vannscootersakene* er et godt eksempel på behovet for reform av EF-domstolens prosessreglement. Det er behov for at dommerne kan dissenter. Ved dissenser eller alternative begrunnelser for samme resultat vil den underliggende rettslige begrunnelsen komme klarere til uttrykk. Med dissenser vil det være enklere å fastslå hva som er gjeldende rett. Slik systemet fungerer i dag, gir det rom for at EF-domstolen gir bevisst uklare uttalelser, som i neste omgang gir domstolen handlingsrom. Et slikt system fremmer ikke klarhet og forutberegnelighet.

⁴⁵³ *Arnull (2006)* side 10.

KILDELISTE

Avgjørelse fra EFTA-domstolen:

E-4/04, Pedicel AS mot Sosial- og helsedirektoratet. REC 2005 s. 1

Avgjørelser fra EF-domstolen:

Sak 56/65 *Société Technique Minière (L.T.M.) v Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*,

Sml. 1965-1968 s. 211

Sak 167/73 *Kommisjonen mot Frankrike*, Sml. 1974 s. 359

Sak 2/73 *Riseria Luigi Geddo v Ente Nazionale Risi*, Sml. 1973 s. 865

Sak 8/74 *Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville*, Sml. 1974 s. 837

Sak 4/75 *Rewe-Zentralfinanz eGmbH v Landwirtschaftskammer*, Sml. 1975 s. 843

De forente sakene 3,4 og 6/76 *Cornelis Kramer and others*, Sml. 1976 s. 1279

Sak 119/78 *SA des grandes distilleries Peureux v Directeur des Services fiscaux de la Haute-Saône et du territoire de Belfort (Destillasjonssaken)*, Sml. 1979 s. 975

Sak 120/78 *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*,
Sml. 1979 s. 649

Sak 34/79 *Regina v Maurice Donald Henn and John Frederick Ernest Darby*,
Sml. 1979 s. 3795

Sak 155/80 *Bøtesak mot Sergius Oebel*, Sml. 1981 s. 1993

Sak 75/81 *Joseph Henri Thomas Blesgen*, Sml. 1982 s. 1211

Sak 261/81 *Walter Rau Lebensmittelwerke v De Smedt PVBA*, Sml. 1982 s. 3961.

Sakene 60 og 61/84 *Cinéthèque SA and others v Fédération nationale des cinémas français*, Sml. 1985 s. 2605

Sak 174/82 *Straffesak mot Sandoz BV*, Sml. 1983 s. I-2445

Sak 148/85 *Direction générale des impôts and procureur de la République v Marie-Louise Forest, née Sangoy, and Minoterie Forest SA (Hvetemeldommen)*, Sml. 1986 s. 3449

Sak 118/86 *Openbaar Ministerie v Nertsvoederfabriek Nederland BV (Slakteavfallsdommen)*, Sml. 1987 s. 3883

Sak 45/87 *Kommisjonen mot Irland(Irske rør)*, Sml. 1988 s. 4929

Sak 177 and 178/82 *Straffesak mot Jan van de Haar and Kaveka de Meern BV*, Sml. 1984 s. 1797

C-69/88 *H. Krantz GmbH & Co. v Ontvanger der Directe Belastingen and Netherlands State*, Sml. 1990 s. I-583

C-241/89 *SARPP - Société d'application et de recherches en pharmacologie et phytothérapie SARL v Chambre syndicale des raffineurs et conditionneurs de sucre de France and others*, Sml. 1990 s. I-4695

C-1/90 og C-176/90 *Aragonesa de Publicidad Exterior SA and Publivía SAE v Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña*, Sml. 1991 s. I-4151

C-2/90 *Kommisjonen mot Belgia*, Sml. 1992 s. I-4431

C-47/90 *Établissements Delhaize frères and Compagnie Le Lion SA v Promalvin SA and AGE Bodegas Unidas SA*, Sml. 1992 s. I-3669

C-126/91 *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V. v Yves Rocher GmbH*,
Sml. 1993 s. I-2361

C-169/91 *Council of the City of Stoke-on-Trent and Norwich City Council v B & Q plc*,
Sml. 1992 s. I-6635

C-267- og 268/91 *Straffesak mot Bernard Keck and Daniel Mithouard (Keck)*,
Sml. 1993 s. I-6097

C-277/91, C-318/91 og C-319/91 *Ligur Carni Srl and Genova Carni Srl v Unità Sanitaria
Locale n. XV di Genova and Ponente SpA v Unità Sanitaria Locale n. XIX di La Spezia and
CO.GE.SE.MA Coop a r l*, Sml. 1993 s. I-6621

C-93/92 *CMC Motorradcenter GmbH v Pelin Baskiciogullari*, Sml. 1993 s. I-5009

C-292/92 *Ruth Hünermund and others v Landesapothekerkammer Baden-Württemberg*,
Sml. 1993 s. 6787

C-379/92 *Straffesak mot Matteo Peralta*, Sml. 1994 s. I-3453

C-391/92 *Kommisjonen mot Hellas (Morsmelkerstatning)*, Sml. 1995 s. I-1621

C-17/93 *Straffesak mot J.J.J. Van der Veldt*, Sml. 1994 s. I-3537

C-384/93 *Alpine Investments BV v Minister van Financiën*, Sml. 1995 s. I-1141

C-412/93 *Société d'Importation Edouard Leclerc-Siplec v TF1 Publicité SA and M6
Publicité SA*, Sml. 1995 s. I-179

C-415/93 *Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc
Bosman, Royal club liégeois SA v Jean-Marc Bosman and others and Union des
associations européennes de football (UEFA) v Jean-Marc Bosman*, Sml. 1995 s. I-4921

De forenede sakene *Semeraro Casa Uno Srl v Sindaco del Comune di Erbusco (C-418/93)*, *Semeraro Mobili SpA v Sindaco del Comune di Erbusco (C-419/93)*, *RB Arredamento Srl v Sindaco del Comune di Stezzano (C-420/93)*, *Città Convenienza Milano Srl v Sindaco del Comune di Trezzano sul Naviglio (C-421/93)*, *Città Convenienza Bergamo Srl v Sindaco del Comune di Stezzano (C-460/93)*, *Centro Italiano Mobili Srl v Sindaco del Comune di Pineto (C-461/93)*, *Il 3C Centro Convenienza Casa Srl v Sindaco del Comune di Roveredo in Piano (C-462/93)*, *Benelli Confezioni SNC v Sindaco del Comune di Capena (C-464/93)*, *M. Quattordici Srl v Commissario straordinario del Comune di Terlizzi (C-9/94)*, *Società Italiana Elettronica Srl (SIEL) v Sindaco del Comune di Dozza (C-10/94)*, *Modaffari Srl v Sindaco del Comune di Trezzano sul Naviglio (C-11/94)*, *Modaffari Srl v Comune di Cinisello Balsamo (C-14/94)*, *Cologno Srl v Sindaco del Comune di Cologno Monzese (C-15/94)*, *Modaffari Srl v Sindaco del Comune di Osio Sopra (C-23/94)*, *M. Dieci Srl v Sindaco del Comune di Madignano (C-24/94)* and *Consorzio Centro Commerciale "Il Porto" v Sindaco del Comune di Adria (C-332/94)*, Sml. 1996 s. I-2975

C-427/93, C-429/93 og 436/93 *Bristol-Myers Squibb v Paranova A/S (C-427/93)* and *C. H. Boehringer Sohn, Boehringer Ingelheim KG and Boehringer Ingelheim A/S v Paranova A/S (C-429/93)* and *Bayer Aktiengesellschaft and Bayer Danmark A/S v Paranova A/S (C-436/93)*, Sml. 1996 s. I-3457

C-470/93 *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. v Mars GmbH* , Sml. 1995 s. I-1923

C-96/94 *Centro Servizi Spediporto Srl v Spedizioni Marittima del Golfo Srl*, Sml. 1995 s. I-2883

C-134/94 *Esso Española SA v Comunidad Autónoma de Canarias*, Sml. 1995 s. I-4223

De forente sakene C-140/94, C-141/94 og C-142/94 *DIP SpA v Comune di Bassano del Grappa, LIDL Italia Srl v Comune di Chioggia and Lingral Srl v Comune di Chioggia*, Sml. 1995 s. I-3257

C-237/94 *John O'Flynn v Adjudication Officer* , Sml. 1996 s. I-2617

C-34, 35- og 36/95 *Konsumentombudsmannen (KO) v De Agostini (Svenska) Förlag AB (C-34/95) and TV-Shop i Sverige AB (C-35/95 and C-36/95)*, Sml. 1997 s. I-3843

C-368/95 *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH v Heinrich Bauer Verlag*, Sml. 1997 s. I-3689

C-388/95 *Belgia mot Spania*, Sml. 2000 s. I-3123

C-231/96 *Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis) v Ministero delle Finanze*, Sml. 1998 s. I-4951

C-266/96 *Corsica Ferries France SA v Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl, Gruppo Ormeggiatori del Golfo di La Spezia Coop. arl and Ministero dei Trasporti e della Navigazione*, Sml. 1998 s. I-3949

C-67/97 *Straffesak mot Ditlev Bluhme*, Sml. 1998 s. I-8033

C-412/97 *ED Srl v Italo Fenocchio*, Sml. 1999 s. I-3845

C-6/98 *Arbeitsgemeinschaft Deutscher Rundfunkanstalten (ARD) v PRO Sieben Media AG, supported by SAT 1 Satellitenfernsehen GmbH, Kabel 1, K 1 Fernsehen GmbH*, Sml. 1999 s. I-7599

C-44/98 *BASF AG v Präsident des Deutschen Patentamts*, Sml. 1999 s. I-6269

C-190/98 *Volker Graf v Filzmoser Maschinenbau GmbH*, Sml. 2000 s. I-493

C-254/98 *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb v TK-Heimdienst Sass GmbH*,

Sml. 2000 s. I-151

C-376/98 *Tyskland mot Europaparlamentet og det Europeiske Råd*, Sml. 2000 side I-8419

C-405/98 *Konsumentombudsmannen (KO) v Gourmet International Products AB (GIP)*,

Sml. 2001 s. I-1795

C-473/98 *Kemikalieinspektionen v Toolex Alpha AB*, Sml. 2000 s. I-5681

C-150/00, *Kommisjonen mot Østerrike*, Sml 2004 s. I-3887

C-416/00 *Tommaso Morellato v Comune di Padova*, Sml. 2003 s. I-9343

C-322/01 *Deutscher Apothekerverband eV v 0800 DocMorris NV and Jacques Waterval*,

Sml. 2003 s. I-14887

C-388/01 *Kommisjonen mot Italia*, Sml. 2003 s. I-721

C-463/01 *Kommisjonen mot Tyskland (Resirkulering I)*, Sml. 2004 s.11705

C-36/02 *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, Sml. 2004 s. I-9609

C-71/02 *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH v Troostwijk GmbH*,

Sml. 2004 s. I-3025

C-239/02 *Douwe Egberts NV v Westrom Pharma NV and Christophe Souranis*,

Sml. 2004 s. I-7007

C-309/02 *Radlberger Getränkegesellschaft mbH & Co. and S. Spitz KG v Land Baden-Württemberg (Resirkulering II)*, Sml. 2004 s. I-11763

C-442/02 *CaixaBank France v Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*,

Sml. 2004 s. I-8961

C-20/03 *Straffesak mot Marcel Burmanjer, René Alexander Van Der Linden, Anthony De Jong*, Sml. 2005 s. I-4133

C-134/03 *Viacom Outdoor Srl v Giotto Immobilier SARL*, Sml. 2005 s. I-1167

C-434/04 *Straffesak mot Jan-Erik Anders Ahokainen and Mati Leppik*, Sml. 2006 s. I-9171

C-441/04 *A-Punkt Schmuckhandels GmbH v Claudia Schmidt*, Sml. 2006 s. I-2093

C-110/05 *Kommisjonen mot Italia (Mopedsakene)*. Avgjørelse avsagt 10. februar 2009, ennå ikke publisert.

C-142/05 *Åklagaren mot Percy Mickelsson & Joakim Roos (Vannscotersaken)*.

Avgjørelse avsagt 4. juni 2009, ennå ikke publisert.

C-297/05 *Kommisjonen mot Nederland (Bilregistreringsavgift)*, Sml. 2007 s. I-7467

C-433/05 *Åklagaren mot Lars Sandström*. Saken er ikke avgjort av EF-domstolen.

C-265/06 *Kommisjonen mot Portugal (Vindusfilm)*, Sml. 2008 s. I-2245

C-518/06 *Kommisjonen mot Italia (Kontraheringsplikt)*. Avgjørelse avsagt 28. april 2009, ennå ikke publisert.

C-88/07 *Kommisjonen mot Spania*. Avgjørelse avsagt 5. mars 2009, ennå ikke publisert.

C-205/07 *Straffesak mot Lodewijk Gysbrechts, Santurel Inter BVBA*. Avgjørelse avsagt 16. desember 2008, ennå ikke publisert.

C-531/07 *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft*. Avgjørelse avsagt 30. april 2009, ennå ikke publisert.

C-35/08 *Grundstücksgemeinschaft Busley and Cibrian Fernandez v Finanzamt Stuttgart-Körperschaften*. Avgjørelse avsagt 15. oktober 2009, ennå ikke publisert.

C-438/08 *Kommisjonen mot Portugal*. Avgjørelse avsagt 22. oktober 2009, ennå ikke publisert.

Generaladvokatuttalelser:

Generaladvokat Tesaurus forslag til avgjørelse i C-292/92 *Ruth Hünermund and others v Landesapothekerkammer Baden-Württemberg*, Sml. 1993 s. 6787

Generaladvokat Jacobs' forslag til avgjørelse i C-412/93 *Société d'Importation Edouard Leclerc-Siplec v TF1 Publicité SA and M6 Publicité SA*, Sml. 1995 s. I-179

Generaladvokat Fennellys forslag til avgjørelse i C-190/98 *Volker Graf v Filzmoser Maschinenbau GmbH*, Sml. 2000 s. I-493

Generaladvokat La Pergolas forslag til avgjørelse i C-254/98 *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb v TK-Heimdienst Sass GmbH*, Sml. 2000 s. I-151

Generaladvokat Michos forslag til avgjørelse i C-473/98 *Kemikalieinspektionen v Toolex Alpha AB*, Sml. 2000 s. I-5681

Generaladvokat Stix-Hackl forslag til avgjørelse i C-322/01 *Deutscher Apothekerverband eV v 0800 DocMorris NV and Jacques Waterval*, Sml. 2003 s. I-14887

Generaladvokat Geelhoeds forslag til avgjørelse i C-239/02 *Douwe Egberts NV v Westrom Pharma NV and Christophe Souranis*, Sml. 2004 s. I-7007

Generaladvokat Maduros forslag til avgjørelse i C-158 og 159/04 *Alfa Vita Vassilopoulos AE (C-158/04) and Carrefour Marinopoulos AE (C-159/04) v Elliniko Dimosio and Nomarchiaki Aftodioikisi Ioanninon*, Sml. 2006 s. I-8135

Generaladvokat Légers forslag til avgjørelse i C-110/05 *Kommisjonen mot Italia (Moped-saken)*, ennå ikke publisert.

Generaladvokat Bots forslag til avgjørelse i C-110/05 *Kommisjonen mot Italia* (*Mopedssaken*), ennå ikke publisert.

Generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse i C-142/05 *Åklagaren mot Percy Mickelsson & Joakim Roos* (*Vannscootersaken*), ennå ikke publisert.

Bøker:

Arnesen, Finn. Statlig styring og EØS-rettslige skranker. Oslo, 1996.

Arnesen, Finn og Are Stenvik. Internasjonalisering og juridisk metode – særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett. Universitetsforlaget, 2009.

Arnold, Anthony. The European Union and its Court of Justice. 2.utgave, Oxford University Press, 2006.

Barnard, Catherine. The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms. 2.utgave, Oxford University Press, 2007.

Barnard, Catherine og Okeoghene Odudu (ed.). The Outer Limits of European Union Law. Hart Publishing, 2009.

Bekkedal, Tarjei. Maktfordeling under en europeisk økonomisk konstitusjon. Oslo, 2007.

Bull, Henrik. Det indre marked for tjenester og kapital – import av finansielle tjenester. Universitetsforlaget, 2002.

Craig, Paul og Gráinne De Búrca. EU Law Text, Cases and Materials. 4. Utgave. Oxford University Press, 2008.

Davies, Gareth. Nationality Discrimination in the European Internal Market. Kluwer Law International, 2003.

Maduro, Miguel Poiares. We The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution. A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty.

Hart Publishing, 1998.

Lenaerts, Koen og Piet Van Nuffel. Robert Bray (ed.) Constitutional Law of the European Union. 2. utgave. Thomson, 2005.

Lenaerts, Koen, Dirk Arts og Ignace Maselis. Robert Bray (ed.) Procedural Law of the European Union. 2.utgave. Thomson, 2006.

Oliver, Peter og Malcolm Jarvis. Free movement of goods in the European Community. 4.utgave. Sweet and Maxwell, London, 2003.

Peršin, Tamara. Free Movement of Goods and Limits of Regulatory Autonomy in the EU and WTO. TMC Asser Press, 2008.

Rognstad, Ole-Andreas. Bagatellavtaler i EFs konkurranserett. En studie av det såkalte merkbarhetskravet med basis i Domstolens praksis og Kommisjonens bagatellmeddelelse. Universitetsforlaget, ISUEF nr. 5, 1992.

Sejersted m.fl. EØS-rett. 2.utgave. Universitetsforlag, 2004.

Snell, Jukka. Goods and Services in EC law. A study of the Relationship Between the Freedoms. Oxford University Press, 2002.

Snell, Jukka og Wulf- Henning Roth (ed.). Services and Free Movement in EU Law. Oxford University Press, 2002.

Spaventa Eleanor. Free Movement of Persons in the European Union. Barriers to Movement in their Constitutional Context. Kluwer Law International, 2007.

Weiler, Joseph Halevi Horowitz (ed.). The EU, the WTO, and the NAFTA. Towards a Common Law of International Trade? Oxford University Press, 2000.

Artikler:

Arnesen, Finn. EØS-avtalen og norsk alkoholpolitikk. I: Lov og rett. Nummer 6 (1999), side 357-363.

Barnard, Catherine. Fitting the Remaining Pieces into the Goods and Persons Jigsaw. I: European Law Review. Volume 26 (1) (2001), side 35-59.

Barnard, Catherine. Trailing a new approach to free movement of goods? I: The Cambridge Law Journal. Volume 68 (2009), side 288-290.

Chalmers, Damian. Free movement of goods within the European Community: an unhealthy addiction to Scotch whisky? I: International and Comparative Law Quarterly. Volume 42 (1993), side 269-294.

Dashwood, Alan. Non-discriminatory trade restrictions after *Keck*. I: The Cambridge Law Journal. Volume 61 (2002), side 35-38.

Davies, Gareth. Can Selling Arrangements Be Harmonised? I: European Law Review. Volume 30 (3) (2005), side 371-385.

Doukas, Dimitrios. Untying the Market Access Knot: Advertising Restrictions and the Free Movement of Goods and Services. I: Cambridge Yearbook of European Law. Volume 9 (2006-2007), side 177-215.

Enchelmaier, Stefan. The Awkward Selling of a Good Idea, or a Traditionalist Interpretation of *Keck*. I: Yearbook of European Law. Volume 22 (2003), side 249-323.

Enchelmaier, Stefan. Four Freedoms, How Many Principles? I: Oxford Journal of Legal Studies. Volume 24 number 1 (2004), side 155-172.

Enchelmaier, Stefan. The ECJ's Case Law on the Free Movement of Goods: Movement in All Sorts of Directions. I: Yearbook of European Law. Volume 26 (2007), side 115-156.

Gormley, Laurence. ‘Actually or Potentially, Directly or Indirectly’? Obstacles to the Free Movement of Goods. I: Yearbook of European Law. Volume 9 (1989), side 197-208.

Gormley, Laurence.[a] Silver Threads among the Gold...50 Years of the Free Movement of Goods. I: Fordham International Law Journal. 2007-2008, side 1637-1691.

Gormley, Laurence.[b] The Definition of Measures Having Equivalent Effect. I: Continuity and Change in EU Law. Oxford 2008. (Festschrift til Sir Francis Jacobs, ed. Arnall, Anthony, Eeckhout, Piet, Tridimas, Takis og Bingham, Tom.), side 189-204.

Horsley, Thomas. Case C-110/05, Commission c. Italy, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 10 February 2009, not yet reported; Case C-142/05, Åklageren v. Percy Mickelsson and Joakim Roos, Judgment of the Court (Second Chamber) of 4 June 2009, not yet reported; Case C-265/06, Commission v. Portugal, Judgment of the Court (Third Chamber) of 10 April 2008, [2008 ECR I-2245. Anyone for *Keck*? I: Common Market Law Review. Volume 46 (2009), side 2001-2019.

Jervell, Stephan. *Keck*-dommen – et skritt frem og et til siden. I: Ånd og rett: festschrift til Birger Stuevold Lassen. Universitetsforlaget, 1997, side 501-518.

Koutrakos, Panos. On groceries, alcohol and olive oil: more free movement of goods after *Keck*. I: European Law Review. 26 (4) (2001) side 391-407.

Lang, Richard. C-322/01, *Deutscher Apothekerverband eV v. 0800 DocMorris NV and Jacques Waterval*, judgement of the Full Court of 11 December 2003, nyr. I: Common Market Law Review. Volume 42 (2005), side 189-204.

Maduro, Miguel Poiares. *Keck*: The end? The beginning of the end? Or just the end of the beginning? I: Irish Journal of European Law. 1994, side 30-43.

Maduro, Miguel Poiares. Harmony and Dissonance in Free Movement. I: Andenæs og Roth(ed), Services and Free Movement in EU law, Oxford 2002, side 41-68.

Mathisen, Gjermund. Om proporsjonalitet som skranke for tiltak som gjør inngrep i EØS-avtalens fire friheter. I: Jussens Venner. Årgang 42 (2007), side 80-92.

Nordby, Thomas. Fri bevegelighet av varer – utviklingslinjer i EF-domstolens praksis. I: Lov og rett. 1998, side 67-93.

Oliver, Peter. Some further reflections on the scope of articles 28-30 (ex 30-36) EC. I: Common Market Law Review. Volume 36 (1999), side 783-806

Oliver, Peter og Stefan Enchelmaier. Free movement of goods: recent developments in the case law. I: Common Market Law Review. Volume 44 (2007), side 649-704.

Pecho, Peter. Good- Bye *Keck*?: A Comment on the Remarkable Judgment in Commission v. Italy, C-110/05. I: Legal Issues of Economic Integration. Volume 36 (3) (2009), side 257-273.

Prete, Luca. “Of Motorcycle Trailers and Personal Watercrafts: the Battle over *Keck*.” I: Legal Issues of Economic Integration. Volume 35(2) (2008), side 133-155.

Shuibhne, Niamh Nic. “A court within a court: is it time to rebuild the Court of Justice? I: European Law Review. Volume 34(2) (2009), side 173-174.

Snell, Jukka og Mads Andenæs. Exploring the Outer Limits: Restrictions on the Free Movement of Goods and Services. I: Andenæs og Roth(ed), Services and Free Movement in EU law, Oxford 2002, side 69-141.

Snell, Jukka. Who’s Got the Power? Free Movement and Allocation of Competences in EC law. I: Yearbook of European Law. Volume 22 (2003), side 323-353.

Snell, Jukka. The Notion of Market Access: A Concept or a Slogan? Upublisert.

Artikkelen vil bli publisert i Common Market Law Review i 2010.

Spaventa, Eleanor. Case C-254/98, Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb v. TK-Heimdienst Sass GmbH, Judgment of 13 January 2000, not yet reported. I: Common Market Law Review. Volume 37 (2000), side 1265-1275.

Spaventa, Eleanor. From Gebhard to Carpenter: towards a (non-) economic European constitution. I: Common Market Law Review. Volume 41 (2004), side 743-773.

Spaventa, Eleanor.[a] The Outer Limit of the Treaty Free Movement Provisions: Some Reflections on the Significance of *Keck*, Remoteness and *Deliège*. I: C. Barnard og O. Odudu (ed.), *The Outer Limits of European Union Law*, Hart Publishing (2009), side 245-273.

Spaventa, Eleanor.[b] Leaving *Keck* Behind? The Free Movement of Goods After the Rulings in *Commission v Italy* and *Mickelsson and Roos*. I: *European Law Review*. Volume 34 (6) (2009), 914-932.

Straetmans, Gert. C-405/98, Konsumentombudsmannen (KO) v. Gourmet International Products AB (GIP), Judgment of The Court (Six Chamber) of 8 March 2001. I: Common Market Law Review. Volume 39 (2002) side 1407-1421.

Straetmans, Gert. Market Access, The Outer Limits of Free Movement of Goods and ...The Law? I: *Views of European Law from the Mountain Liber Amicorum Piet Jan Slot*. (Ed. Mielle Bulterman, Leigh Hancher, Alison McDonnell og Hanna Sevenster.) Kluwer Law International, 2009, side 91-105.

Torgersen, Ole-Andreas. The Limitations of the Free Movement of Goods and the Freedom to Provide Services – in Search of a Common Approach. I: European Business Law Review. Volume 10 (1999), side 371- 387.

Tryfonidou, Alina. Was *Keck* a Half-baked Solution After All? I: Legal Issues of Economic Intergration. Volume 34 (2) (2007) side 167-182.

Tryfonidou, Alina. The Outer Limits of Article 28 EC: Purely Internal Situations and the Development of the Court's Approach through the Years. I: C. Barnard og O. Odudu (ed.), The Outer Limits of European Union Law, Hart Publishing (2009), side 197-225.

Weatherill, Stephen. After *Keck*: some thoughts on how to clarify the clarification. I: Common Market Law Review. Volume 33 (1996), side 885-906.

Weiler. J.H.H. Epilogue: Towards a Common Law of International Trade. I: Weiler (ed), The EU, the WTO and the NAFTA (./-) Towards a Common Law of International Trade?, Oxford, 2000, side 201-229.

White, Eric. In search of the limits to article 30 of the EEC treaty. I: Common Market Law Review. Volume 26 (1989), side 235-280.

Wilsher, Daniel. Does *Keck* discrimination make any sense? An assessment of the non-discrimination principle within the European single market. I: European Law Review. Volume 33(1) (2008), side 3-22.

Direktiver:

Direktiv 50/70/EØF

Direktiv 66/683/EØF

Direktiv 94/25/EF

Direktiv 2000/13/EF

Høyesterettsavgjørelse:

Rt. 2004 side 834

Lover:

Lov av 18. juni 1965 nr. 4 (Veitrafikkloven)

Lov av 9. mars 1973 nr. 14 (Tobakkskadeloven)

Lov av 19. desember 2003 nr. 124 (Matloven)

Forskrifter:

Forskrift om bruk av stats- og handelsflagg (FOR-1927-10-21-9733)

Forskrift om plantevernmidler (FOR-2004-07-26-1138)

Forskrift om skytevåpen, våpendeler og ammunisjon (FOR 2009-06-25-904)

Øvrige kilder:

Kilder på Internett:

Internettutgaven av Norsk Lovkommentar om EØS-loven av Henrik Bull.

Brev:

Brev fra ESA til Miljøverndepartementet 15. juli 2009.

Brev fra Miljøverndepartementet til ESA 15. oktober 2009.

Innlegg i EF-domstolen:

Skriftlig innlegg fra Regjeringsadvokaten til EF-domstolen i sak C-433/04 Åklagaren mot Lars Sandström.

Muntlig innlegg fra Regjeringsadvokaten i høringen i sak C-142/05 Åklagaren mot Percy Mickelsson & Joakim Roos (Vannscootersaken).

